أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

الأسرار في مسائل الخلاف

صنعة
أبي زيد الدبوسي
القاضي عبيد الله بن عمر بن عيسى الحنفي
(٤٣٠ هـ)

تحقيق
د. حمزة بن بو بكر رابح

إشراف
عدنان بن فهد العبيات

الجزء السابع

الطَّبْعَةُ الأُولَى
١٤٤٥هـ - ٢٠٢٣م

أَسْفَار
لِنَشْرِ نَفِيسِ الكُتُبِ وَالرَّسَائِلِ العِلْمِيَّةِ
دَوْلَةُ الكُوَيْت

E-mail: s.faar16@gmail.com
Twitter: @sfaar16

الإمام الذهبي

مَكْتَبَةُ الإِمَامِ الذَّهَبِيِّ لِلنَّشْرِ وَالتَّوْزِيعِ

الفرع الرئيسي : حولي - شارع المثنى - مجمع البدري - ت: ٢٢٦٥٧٨٠٦
فرع المصاحف : ت ٢٢٦١٥٠٤٦ - فرع الجهراء : الناصر مول: تلفون: ٩٥٥٥٨٦٠٨
فرع الفحيحيل : البرج الأخضر - شارع الدبوس - تلفون: ٢٥٤٥٦٠٦٩ - ٩٥٥٥٨٦٠٧
فرع الرياض : المملكة العربية السعودية التراث الذهبي - جوال ٠٠٩٦٦ ٥٥٧٧٦٥١٣٨
الخط الساخن : جوال: ٠٠٩٦٥ ٩٤٤٠٥٥٥٩

z.zahby74@yahoo.com Imamzahby

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الإجارات

بسم الله الرحمن الرحيم

الإجارة اسم لنوع بيع، وهي: بيع المنفعة في الأصل، علىٰ ما بيَّنَّا في البيوع، كالسَّلم اسم لبيع خاص.

ثم الإجارة نوعان:

بيع المنفعة محضًا.

وبيع العمل المسمَّىٰ المعلوم بنفسه.

فأما بيع المنفعة محضًا فنوع، وهو إجارة الدَّار شهرًا، أو استئجار رجل شهرًا، أو يومًا لعمل مما لا يصح[1] العقد إلَّا بذكر المدة[2].

فأما بيع العمل المعلوم بالتَّسمية من غير ذكر الوقت فأنواع ثلاثة:

بيع عمل محض، كمن دفع إلىٰ خياط ثوبًا ليخيطه قميصًا بدرهم بخيط الآمر، أو إلىٰ صبَّاغ يصبغه بصبغ الآمر، ونحوه[3].

وبيع عمل مع عين مال، كالصِّباغة بصبغ الصباغ، والوِراقة بحبر الورَّاق[4].

---

[١] «أ» (يصلح)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «ص» (إلا بذكره لمدة).

[٣] «أ» (بخيط الآمر ونحوه، أو يصنع [ح أ: بصنعة] الآمر ونحوه)، «ن» (بخيط الآمر أو يصنعه بصنع الآمر ونحوه)، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» «ن» (والوراق بحبر الكتابة)، والمثبت من «ص».

وبيع صناعة العين[١]، على أن يكون العين هو المقصود للآمر، دون العمل.

فأما مسائل الاستصناع فمرت في البيوع، لأنَّ الصناعة فيه تبع للعين، ولجملة الإجارة أصل تدور عليه المسائل بيننا وبين الشَّافعي.

فنذكر ذلك الأصل ونتكلم عليه ثمَّ نبني عليه المسائل.

|١٠٤٥| **مسألةٌ**[٢]: قال علماؤنا: الإجارة في حَقّ المعقود عليه يتجدَّد انعقادها ساعة فساعة حسب وجود[٣] المنافع في أنفسها، كأنَّ العقد مضاف إلى معدوم سيوجد، بمنزلة الوصيَّة المضافة إلى ما يثمر نخله[٤]، والطَّلاق المضاف إلى شهر.

وقال الشَّافعي: الإجارة في حكم المنعقد في حكم حقٍّ[٥] المعقود عليه، بمنزلة السَّلم، وبيع العين(٦).

واحتجَّ بأنَّ الإجارة نوع بيع، فلا يصحّ إلَّا منعقدًا للحال في حَقّ المعقود عليه، قياسًا على سائر أنواعه من السَّلم، وبيع العين، والصَّرف.

---

[١] «ص» (والاستصناع: وهو طلب صناعة العين).

[٢] الترجمة ليست في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (حدوث).

[٤] في حاشية «أ» (العام). «أ» «ن» (تثمر نخلة)، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (في حق).

(٦) انظر: «نهاية المطلب» (٨/٨٢)، و«بحر المذهب للروياني (٧/١٤٣)، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» (٤/٤٣٠).

وهذا ؛ لأنَّ من شرط جواز بيع الشَّيء أن يكون موجودًا في نفسه ، مملوكًا ، مقدورًا على تسليمه= ليصح ، وجوِّز السَّلم قبل وجوده[١] رخصةً ، لقيام الذمَّة في ثبوته فيها مقام العين ، كما في حَقّ الأثمان ، فصار السَّلم المسمَّى معقودًا عليه في الذمَّة في الحال ، لا أن[٢] يكون بمنزلة المضاف إلى العين الذي يقبضه[٣].

فلما[٤] جوَّز الشَّرع بيع المنافع وهي معدومة ، علم أن الشَّرع أعطاها حكم الوجود في جواز التَّصرُّف المبني على الملك ، بإقامة سبب ملك المنافع وقبضها مقام أعيانها ، بعد ما تعذر[٥] اعتبار هذه الشروط فيها.

لأنَّ مصالح النَّاس لا تقوم[٦] بلا إجارة ، ولو بنيت على الملك ، والقبض ، والوجود حقيقةً= لما جازت أبدًا ؛ لأنَّها أعراض تتلاشى كما[٧] وجدت ، فأقام الشَّرع سبب وجودها وحدوثها ملكًا له وفي قبضه= مقام وجود المنافع مملوكةً له ومقبوضةً ، فقال: إذا ملك عينًا وقبض ملك أن يؤاجره ، وإن لم يملك المنافع بعد ؛ لأنَّها صارت بحيث تحدث على ملكه وقبضه[٨].

ويجوز في الشَّرع أن يعطى للمعدوم حكم الموجود ، وغير المملوك حكم

---

[١] «ص» (قبل الملك).

[٢] «أ» «ص» (إلا أن) ، والمثبت من «ن».

[٣] «أ» «ص» (يقتضيه) ، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٤] «أ» «ص» (ثم) ، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٥] «ص» (بقدر ما يقدر).

[٦] «ص» وحاشية «أ» (لا ترتفع).

[٧] «أ» (كلما) ، والمثبت من «ن» «ص».

[٨] «ص» وحاشية «أ» زيادة (وكذلك إذا استأجر دارا وقبضها ملك أن يؤاجرها ؛ لأنها صارت بحيث تحدث على ملكه وقبضه).

المملوك، وغير المقبوض حكم المقبوض.

كما أعطي الميِّت حكمَ الحي في مسألة أخذ بيض الصَّيد في الحرم[١]، وفي الإحرام. وفي النُّطفة في الرَّحم حتَّىٰ ورث، وصحّ إعتاقه، والوصيَّة له.

وأعطي للحي حكم الميِّت في [مسألة][٢] المرتدِّ يلحق بدار الحرب، فتورث أملاكه، كما لو مات، فلله تعالىٰ أن ينصب الأحكام كيف يشاء.

ألا ترىٰ أنَّه في باب السَّلم أعطىٰ السِّلعة حكم الثَّمن[٣]، فجوز الشَّرع [البيع][٤] قبل الملك ووجود العين، وأقام الذمَّة مقام[٥] العين.

ولا يلزمنا الدَّار إذا غصبت، فإنَّما نقول: إن الدَّار إذا غصبت من المستأجر سقط الأجر، ولو كانت المنافع مقبوضة حكمًا لما سقط البدل بالغصب، كما في العين بعد القبض؛ لأنا لا نقول: إن المنافع مقبوضة حقيقة، وهي معدومة بعد؛ لأنَّه محال.

بل نقول: الشَّرع أعطاها حكم القبض في حكم خاص، وهو جواز التَّصرُّف المبني علىٰ الملك[٦] والقبض، وتقرُّرُ الضَّمان عليه= حكمٌ[٧] آخر.

وهذا كالمرتد [الحي][٨] أعطي له حكم الميِّت في أن يورث، ولم يُعط

[١] «أ» «ن» (أخذ صيد الحرم)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٣] «أ» (السلم)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».
[٥] «ص» وحاشية «أ» (مقام وجود).
[٦] «ص» (سبيل الملك).
[٧] «ص» وحاشية «أ» (دون حكم).
[٨] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

في أن: لا يقتل إذا ظُفر[١] به، ولا يجبر على الإسلام، أو لا[٢] يكون له الجنة إذا أسلم.

ولأنه[٣] يملك الأجرة بشرط التَّعجيل، ولو لم ينعقد [العقد][٤] على الأصل لَمَا استقام ملك البدل بالشَّرط بلا عقد، كما في المضاف إلى شهر[٥].

ثم للشافعي مسائل على هذا الأصل:

منها: أن الأجرة تُملك بنفس العقد وتُستوفى للحال(٦)، لأنَّه أعطى المنافع المعدومة حكم الموجود والمملوك في حَقِّ صحَّة الإجارة، فيصير بمنزلة بيع عين موجود، والبيع المطلق يوجب الملك[٧] في الثَّمن حالًّا.

والدَّليل على صحة ملك الأجرة: صحة الإبراء من المؤاجر[٨]، وصحة الارتهان به، والكفالة، وصحَّة التملّك إذا استوفي للحال.

وكذلك إذا شرط التَّعجيل ملك، والملك بالمعاوضة لا يقف وقوعه على الشَّرط، بل يقف تارة[٩] على الشَّرط كالبيع بشرط الخيار، فكان هذا منكم

---

[١] «أ» «ن» (ظهر)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٢] «ص» (ولا يكون).

[٣] «أ» «ن» (ولا)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٥] «ص» زيادة (لم يجز مع شرط تعجيل الأجرة فإنه لا يملك ما لم يأته الشهر).

(٦) انظر: «العزيز شرح الوجيز» (٢/٥٥٩)، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» (٤/٤٣٠).

[٧] «أ» «ن» (بالبيع المطلق يوجبه له الملك)، والمثبت من «ص»، وفي حاشية «أ» (والبيع) بدل (بالبيع).

[٨] «أ» «ن» (على ملك الأجرة صحَّة الإبراء من الأجر)، والمثبت من «ص».

[٩] «أ» «ن» (بأجره)، والمثبت من «ص».

قلبًا للقضية[١].

ومنها: إذا آجر داره شهرين، فلم يسلِّم شهرًا، وأراد التَّسليم في الثَّاني[٢] لم يجبر المستأجر على التَّسليم، كما إذا اشترى شيئين بصفقة واحدة، فلم يتسلمها[٣] حتَّى هلك أحدهما، فإن المشتري يتخيَّر في قبض[٤] الباقي.

ومنها: إذا مات أحد المتعاقدين لم تبطل، وتورث المنافع.

وكذلك الموصى له بسكنى الدَّار إذا مات ورثت عنه السكنى؛ لأنَّها صارت للموصى له.

وللمستأجر في حكم القائم[٥] فيورث كما يورث الدَّين، وإن لم يكن على الحقيقة شيء في ذمَّة المديون؛ لأنَّه أعطي له حكم المال القائم بنفس التَّسمية، مع كون المديون عادمًا لذلك[٦] أصلًا، وصارت المنافع في حكم الخارج عن ملك المؤاجر، فلا يورث[٧]، كما لا يورث من تركته قدر الدَّين الذي يملك على الميِّت، ووجب التَّعيين من التركة، كما يمتنع الإرث[٨] بعد التَّعيين بالاستيفاء.

وههنا المنافع متعيَّنة للملك على المؤاجر.

---

[١] «أ» «ن» (للقصة)، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» (على الثاني)، «ص» وحاشية «أ» (في الباقي)، والمثبت من «ن».

[٣] «ص» (يسلمها).

[٤] «ص» (يجبر في الباقي).

[٥] «ص» (والمستأجَر في حكم المملوك القائم جملة من المال).

[٦] «ص» وحاشية «أ» (لذلك المسمى).

[٧] «ص» وحاشية «أ» (يورث عنه).

[٨] «ص» وحاشية «أ» زيادة (إلا أن الإرث إنما يمتنع).

ومنها: أن المولىٰ إذا آجر عبده سنة، ثمَّ أعتقه بقي العقد، لأنَّها صارت[١] في حكم المملوكة للمستأجر، والخارجة عن ملك المولىٰ والعبد= فلا يصير له بالعتق، كما لو آجر نفسه بنفسه.

وكذلك الوصي إذا آجر اليتيم سنة، ثمَّ بلغ اليتيم لم يملك نفسه كما لو آجر نفسه[٢].

ومنها: إذا آجر داره شعبان، وهو في رجب لم يصحَّ[٣]، لأنَّ قدر العدم الثَّابت بالإضافة جاء من قِبل شرطه، وإنَّما يسقط اعتبار حكم العدم في المنع من جواز الإجارة لتعذر بناء الإجارة علىٰ وجود المنفعة[٤]، لكونها عرضًا لا يبقىٰ زمانين، فلتعذُّر[٥] البناء علىٰ الوجود بصفة راجعة إلىٰ المنفعة أسقط الشَّرع اعتبار حكم العدم، وأقام سبب الحدوث علىٰ ما قاله[٦] مقام الملك.

والعدم فيما نحن فيه جاء من جهة شرط العاقد، ويمكنه رفع هذا العدم بإطلاق[٧] العقد ليصير متناولًا للمنفعة للحال، فلم يسقط اعتبار حكم العدم.

ومن حكم [العدم][٨] أن لا يجوز، فإن الأصل أن لا يجوز بيع ما سيوجد في الثَّاني، وكان من الغرر.

---

[١] «ص» (لازما وصارت).

[٢] «ص» (لم يملك نقضها كما لو باع ماله).

[٣] «ص» زيادة (لأنه أضاف العقد إلىٰ المنافع المعدومة).

[٤] «ص» (الإجارة).

[٥] «أ» «ن» (فيقدر)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٦] «ص» (علىٰ ملكه).

[٧] «أ» «ن» (بإعدام)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٨] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص».

ولأن الشَّرع أعطاها حكم الموجود لضرورة جواز العقد على ما دخل تحته، وإنَّما دخل تحته منافع شعبان، فبقي عدمًا في رجب كذلك، فيكون بيع ما سيوجد.

وكذلك إذا آجر على أنَّه بالخيار ثلاثة أيَّام؛ لأنَّ منافع مدَّة الخيار لا تدخل تحت العقد؛ لأنَّ الخيار مانع من الملك ما لم يسقط، وبعد السُّقوط لا تبقى منفعة المدَّة لتملك وتستحق بالعقد، فتبقى الإجارة مضافة إلى ما بعد ثلاثة أيَّام.

بخلاف بيع العين؛ لأنَّ العين موجود للحال مملوك مبيع، والشَّرط ـ وإن[١] أخَّر ـ الملك فبعد سقوطه يقع الملك من حين[٢] العقد، حتَّى يكون للمشتري أكسابه[٣] وأولاده، فلا يصير بمنزلة المضاف إلى ما بعد المدَّة.

ويقرب من هذا من استأجر من آخر دارًا، وقبضها، ثمَّ آجرها بزيادة، فإن الرِّبح يطيب على أصله؛ لأنَّ المنافع أعطيت حكم المقبوض[٤] من عين المال في حَقِّ تجويز[٥] الإجارة، ومن حكم العين المشترى المقبوض أن يجوز بيعه بزيادة، ويحلُّ ذلك، ويطيب.

وكذلك الموصى له بخدمة العبد، يؤاجره، فيطيب له ذلك، كالموصى له بالعبد بعينه إذا اعتاض عليه.

بخلاف المستعير يؤاجر، فإنه لا يحلُّ[٦] له [ذلك][٧]، لأنَّه أبيح له، ولم

---

[١] «أ» (إن) بلا واو.
[٢] «أ» «ن» (حيث)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».
[٣] «ص» (اكتسابه).
[٤] «أ» «ن» (المقبول)، والمثبت من «ص».
[٥] «أ» (تجوز)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٦] «أ» (محل).
[٧] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص»، وحاشية «أ».

يجعل ملكًا[١] له ؛ ولأنَّ العارية غير لازمة ، ولو ملك الإجارة للزم.

ولا معنىٰ لقولكم: «إنَّا لا نسلِّم أنَّه بمنزلة المال ، إن سلمنا حكم الملك» ؛ لأنا بيَّنَّا في كتاب الغصب أن المنافع أعطيت حكم الأموال التي هي أعيان قائمة ، حتَّىٰ جاز النِّكاح بسكنىٰ دار سنة ، والمهر لا يصلح إلَّا بما هو مال متقوِّم ، وكذلك الحيوان لا يثبت دينًا في الذمَّة بدل المنفعة عندكم ، ويثبت بدلًا عمَّا ليس بمال في النِّكاح ، والخلع ، والصُّلح عن دم العمد ، وتمام الكلام مذكور في إتلاف المنافع أيضمن بالمال أم لا ؟

ويقرب منها: إجارة سكنىٰ الدَّار بالسكنىٰ شهرًا ، فإنه يجوز علىٰ أصل ، كبيع الدَّار ؛ لأنَّها أعطيت حكم الموجود القائم للحال في حَقِّ جواز التَّصرُّف المبنيِّ علىٰ الملك ، فلا يكون للجنس تأثير في تحريم بيع الموجود بالموجود الحال بالحال ، وذكر مدَّة الإجارة لبيان[٢] المعقود عليه ، لا للتَّأجيل بعد الثبوت ، فلا تكون المسألة فرعًا لبيع الشَّيء بجنسه شيئًا فلا شبه[٣] ههنا ، ولا تأخير في[٤] حين الدخول تحت العقد ، ولهذا لم تنقض[٥] الإجارة بعذر يقع لأحدهما مانعٍ من الإمضاء ، كما لا ينقض[٦] البيع بعذر للعاقد.

ولعلمائنا: أن الإجارة بيع المنفعة علىٰ ما قلتم ، وللبيع شروط للجواز في المبيع ، وهو أن يكون عينًا في ملك البائع ، ويده لا تنفذ علىٰ البائع إلَّا بهذه

---

[١] «أ» «ن» (ذلك) ، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٢] «ص» (لتقدير) ، وفي حاشية «أ» (لبيان قدر).

[٣] «أ» (يشبه) ، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «ص» (عن).

[٥] «أ» «ن» (لا تنقضي) ، والمثبت من «ص».

[٦] «أ» «ن» (ينقضي) ، والمثبت من «ص».

الشروط، وكلُّها معدومة في المنافع؛ لأنَّها أعراض تُخلق ساعة فساعة في مدَّة الإجارة، والمخلوق منها[١] للحال لا يبقىٰ ليرد عليه العقد، وما لم يكن مخلوقًا لا يكون مملوكًا، ولا في اليد، والشَّرع جوَّز بيعها.

[فأما أن يقال: جوِّز بيعها][٢] بدون هذه الشرائط للعجز عن تحصيلها، فالشَّرط مما يبطل اعتباره للعجز، كالطهارة عن النَّجاسة الحقيقيَّة للصَّلاة، واستقبال القبلة، أو جاز لقيام هذه الشروط في العين المؤاجر، وقيامِ العين مقام المنفعة شرعًا، كما جازت الصلاة بالتَّيمم، وإن عدم التُّوضؤ لقيام التُّراب[٣] مقام الماء شرعًا، وحصول الشَّرط به.

فالأحكام الشَّرعية قد تسقط أصلًا، وقد تسقط إلىٰ خُلف مًّا لجواز البيع بدون هذه الشروط علىٰ الحقيقة وجه ثالث[٤].

والأوَّل باطل بالإجماع، فإنك ادَّعيت أن الملك شرط، وجعلت المعدوم[٥] في حكم المملوك.

ولأنَّ من آجر دارًا [هي][٦] لغيره، ثمَّ اشتراها، وسلَّم، أو [آجر دارًا أخرىٰ][٧] خرابًا، فبنىٰ[٨]، وسلَّم= لم يجز لعدم الملك، واليد أصلًا في المنفعة

[١] «أ» «ن» (فيها)، والمثبت من «ص».
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص».
[٣] «ص» (الصعيد).
[٤] «ص» (خلف ما لجوز... وجه ثابت).
[٥] «ص» (المنفعة).
[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص».
[٧] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص».
[٨] «أ» «ن» (فبين)، والمثبت من «ص».

وطرفا للمنفعة[١]؛ لأنَّ منفعة السكنىٰ بالبناء، وإنه[٢] حدث الملك فيه بالإحداث، فعلمنا أنَّه سقط إلىٰ خلف، وهو العين الذي آجره أن يكون عينًا مملوكًا[٣] في يد المؤاجر، بحيث لو حدثت المنفعة حدثت علىٰ ملكه، وكان بحيث لو بقي أمكنه البيع.

فالشَّرع[٤] جعل قيام العين المنتفع به علىٰ هذا الوصف في ملكه ويده معلوما عينًا= مقام المنفعة، وأقام وجود هذه الشروط في العين مقامَ وجودها في نفس المنفعة؛ لأن[٥] العين[٦] سببها الباقي، وإنه أصل ممهَّد في الشَّرع.

فإنَّ الشَّهادة لا تصحّ إلَّا بعلم، ولما تعذَّر علينا العلم بحقيقة ملك[٧] الشَّيء أقام الشَّرع الأسباب المشروعة للأملاك مقامَ الحقيقة في إفادة العلم الذي به يصحّ أداء الشَّهادة.

وكذلك الأحكام المتعلِّقة بالكفر والإيمان تتعلَّق بشهادة اللِّسان؛ لأنَّا لا نطَّلع علىٰ ما في القلب، فقام السَّبب الظَّاهر المشروع لبيان ما في القلب مقامَه.

وعلىٰ هذا مسألة تعلّق الخطاب بالبلوغ، والرخص بالسفر، والاستبراء من

---

[١] «ن» (وطرف للمنفعة). «ص» (وطرق المنفعة).

[٢] «ص» (وإنما).

[٣] «ص» (إن كان عينا معلوما).

[٤] «ص» (فالشرط).

[٥] في حاشية «أ» (لأنها لا تبقىٰ علق بسببها الباقي).

[٦] «ص» زيادة (سبب ملك المنفعة ويعينها ووجودها فلما تعذر تعليق الحكم بهذه الشروط في نفسها لأنها لا تبقىٰ علق بسببها الباقي).

[٧] «ص» (مالك).

الوطء[١] بملك اليمين على ما عرفناها في غير موضع.

فجوَّزنا الإجارة لوجود الشرائط في الخلف عن المنفعة؛ لأنَّه يعمل عمل الأصل إذا أقيم مقامه شرعًا أينما كان، لا أنَّا أوجدنا[٢] الشَّرط في نفس المنفعة بأنْ جعلناها مملوكةً حكمًا، وموجودةً عينًا، وهي عدم؛ لأنا لا نجد له نظيرًا شرعًا.

ولأن سبب الشَّيء متصل به وداع إليه[٣] لا محالة، فكان أولى به من الذي يوجد بعد سببه أن يجعل موجودًا للحال، وما له اتِّصال جوازٍ، ولا سببيَّةٍ.

❁ فإن قيل: إذا استأجر رجلًا ليخيط له هذا الثَّوب قميصًا بدرهم صحَّ، وعين الأجير[٤] لم يقم مقام المنفعة.

بدليل: أنَّه لو استعان برجلٍ حتَّى خاطه استحقَّ الأجر، ولو كان الجواز؛ لأنَّ العين الذي منه تكون المنفعة يقوم مقامها[٥] = لكان لا يستحق[٦].

❁ قلنا: هذا الأصل الذي قلنا في العقد الوارد على منافع عين، وهذا لم يرد على المنفعة لِما ذكرت أنَّه يستحقُّ البدل دون منافعه، وإنَّما ورد العقد على تصيير الثَّوب قميصًا، فيثبت له هذا الوصف، وبالوصف[٧] القائم يستحقُّ

[١] «أ» «ن» (بملك الوطء)، والمثبت من «ص».
[٢] «ن» (وجدنا).
[٣] «ص» (فإن سبب الشيء من الشيء متصل به وداع إياه).
[٤] «ن» (الأجر). «ص» (الأجير لغو ههنا فإنه)
[٥] «أ» «ن» (يقام مقامه)، والمثبت من «ص».
[٦] «ص» وحاشية «أ» (لا يجوز).
[٧] «أ» «ن» (الوصف)، والمثبت من «ص».

الأجر، حتَّىٰ إذا نقضه سقط الأجر[١]، والعمل سببٌ لثبوت الأجر.

ولهذا يحبس الثَّوب بالأجرة؛ لأنَّ المبيع فيه قائم، وليس بمتلاش، ولكنه [شيء][٢] لا يمكن بيعه بعد وجوده حقًّا للفاعل[٣]. فأقيم العين الذي به[٤] يقوم الوصف مقام الوصف؛ لأنَّه سبب لقيامه، فيصير به معلومًا، وعينًا[٥] حكمًا، ومقدورًا علىٰ التَّسليم.

والذي يدلُّ عليه: أنَّا إنَّما اضطررنا إلىٰ تبديل حقيقة العدم بوجودٍ شرعًا ليجوز العقد عليه، فيقتصر البدل علىٰ الشَّرط[٦]؛ لأنَّ الجواز المتعلّق بشروط[٧] لا يتصوَّر دونها ما بقيت شروطا.

فأمَّا في حَقِّ أحكام العقد، فلا يظهر[٨]، ويبقىٰ علىٰ الحقيقة؛ لأنَّه يجوز تأخُّر حكم العلَّة عن العلَّة بعارض، ولا عارض فوق عدم المحلِّ، ومن حكم العقد في جانب المعقود عليه أن يصير معقودًا عليه مملوكًا، ومسلَّما، فتتأخر كلُّها إلىٰ حين وجودها.

فالخصم عجَّل الأحكام بدليل الجواز، والجواز ثابت بدون التَّعجيل خاصة في البيع، فالبيع بشرط الخيار للبائع ثابت، والملك متأخِّر، وكذلك بيع

---

[١] «ص» وحاشية «أ» (بطل الأجر). «ن» (الآخر).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٣] «ص» (العامل).

[٤] «ص» (عليه).

[٥] «ص» (معلوما عينا).

[٦] «ص» (التبديل علىٰ الشروط).

[٧] «أ» و«ن» (بشرط)، والمثبت من «ص».

[٨] «ص» (فلا يعقل).

الوصي الرَّهن، ونحوه.

ونحن أخَّرنا الأحكام بدليل مؤخِّر، وهو عدم المحلِّ، فالحكم لا يتصوَّر ثبوته قبل محلِّه، فكان هذا في إيجاب التأخُّر[١] فوق الشَّرط، والأجل، وحق المرتهن.

وبعد وجود المحلِّ لا يتصوَّر إيراد العقد عليها؛ لأنَّها لا تبقىٰ، فأقيم السَّبب الباقي مقامها في حَقِّ الجواز، لَمَّا تعذَّر إيراد العقد عليها، كما أقام الشَّرع الوصف في باب السَّلم في إعلام المبيع مقام الإشارة في الأعيان= لما تعذَّرت الإشارة إلىٰ الدَّين في الذمَّة.

فثبت أن هذا طريق ثابت شرعًا، فوجب تخريج جواز الإجارات عليه، لا علىٰ أنها جعلت موجودة حكمًا، أو مملوكةً، فإنا لا نجد له نظيرًا.

ولأنَّا ذكرنا: أن ملك المنفعة [لا يطلق العقد][٢]؛ لأنَّه لا يبقىٰ، فلا يمكن بناء الجواز علىٰ إثبات ملكها حكمًا، والجعلِ كأنها مُلكت، ولو تحقَّق ما أمكنَه التَّصرُّف فيه، بل يجب إقامة ملك الأصل مقامَه، ليكون بناء الجواز علىٰ ملكٍ باقٍ.

ولأنا إنَّما نترك الحقيقة ـ وهي العدم ـ إلىٰ الوجود حكمًا استدلالًا بجواز العقد، والجواز يدلُّ علىٰ وجود شروطها، لأنَّها تعتبر قائمة[٣] في العقد[٤]، ولا

[١] «ص» (التأخير).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» «ن» (خاصة)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٤] «ص» (لأنها تصير قائمة حين العقد). وفي حاشية «أ» (حين) بدل (في).

يدلُّ علىٰ أحكامها لجواز تراخي أحكام العقد عنه بعارض[١].

فإذا ثبت هذا ثبت أنَّ العقد في المنافع علىٰ حسب حدوثها ما أوجب[٢] الملك في المنفعة إلَّا متفرِّقًا[٣] علىٰ حسب الوجود، فكذلك في البدل الآخر، وكذلك التَّسليم لا يقع إلَّا متفرِّقًا، فكذلك الآخر.

ثم الدَّليل علىٰ أن الأحكام ينبغي أن تكون متأخِّرة قياسًا كما وجبت حقيقة= أنَّ[٤] الإجارة عقدٌ، وسببه أضيف إلىٰ منافع معدومة، فيتوقَّف حكم العقد في حكم المضاف إليه إلىٰ حين وجوده.

كالوصيَّة بما يثمر نخله العام[٥]، وبما تلد أغنامه السَّنة.

والطَّلاقِ المضاف إلىٰ امرأة تدخل الدَّار.

وعتقِ كلِّ ولد ولدته[٦] أمته.

وهذا؛ لأنَّ المعدوم لا يقبل الوصف، وإنه من المحالات، والموجود من الإيجاب يقبل التوقُّف.

---

[١] في «ص» زيادة (فإن قيل: لو استأجر رجلا ليخيط له هذا الثوب قميصا بدرهم يجوز عندك، ولا يشترط قبض الدراهم، والمبيع عمل في الذمة دين، لا من العاقد بعينه.
قلنا: المبيع علىٰ حقيقته وصف يحدثه في الثوب، وهو أن يصير قميصا، وإنما يمكنه بنفسه بعد جعله قميصا، فأقيم العين القابل لهذا الوصف مقام المبيع في بناء جواز العقد عليه، وكذلك في العينية، فلذلك لا يصير سلما).

[٢] «أ» (أوجبه)، والمثبت من «ن».

[٣] «ص» (ما أوجب الملك إلا متقررا علىٰ حسب الوجود).

[٤] «أ» (كما وجب حقيقة لأن).

[٥] «أ» «ن» (العامة)، «ص» (بما يثمر نخلته العام).

[٦] «ص» (كل عبد تلده).

فالإيجاب ضربان: نافذ وموقوف، فكانا وصفين لموجود.

وكذلك الطَّلاق المضاف إلىٰ شهر موقوف في صيرورة[١] المرأة مطلَّقة علىٰ مضيِّ المدَّة، فما هي بمطلَّقة للحال، وتصير مطلَّقةً إذا مضت المدَّة بالإيجاب السابق.

وكذلك المضاربة إيجاب لملك [نصف][٢] ما يوجد من الرِّبح، فيكون للحال موقوفًا إلىٰ حين وجود الرِّبح[٣]، لا أن[٤] يقال: نصف الرِّبح يصير مملوكًا للحال حكمًا، وتبطل الإضافة إلىٰ محلٍّ معدوم، فثبت أن الأصل في الإضافات الصَّحيحة إلىٰ محالٍّ معدومة أن تقع[٥] للحال موقوفًا، علىٰ أن تنفذ علىٰ المحلِّ[٦] حين وجوده، كالمضاف إلىٰ شرط معدوم، أو وقت معدوم جُعل شرطًا لوجوده، كالطَّلاق المضاف إلىٰ شهر.

وهذا؛ لأنَّ الإيجاب كما ينعدم بالتَّعليق بالشَّرط ينعدم بعدم المحلِّ؛ لأنَّه لا يتصوَّر وجوده قبل المحلِّ الذي ينفذ حكمُ الإيجاب فيه، فيقف[٧] الإيجاب الموجود في حَقِّ المحلِّ قبله[٨]، وفي المعلَّق قبل شرطه.

❊ فإن قيل: أعطيتَ المنافع حكم الوجود بدليل جواز بيعها، والبيع لا يرِد

[١] «ص» (حق صيرورة).
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».
[٣] «أ» «ن» (الملك)، والمثبت من «ص».
[٤] «أ» (إلا أن)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٥] «ص» وحاشية «أ» (تقف).
[٦] «ص» (أن يقف للحال علىٰ أن ينفذ في المحل).
[٧] كلمة غير واضحة في حاشية «أ».
[٨] «ص» (فمنعت الإضافة إلىٰ الموجود في حق المحل قبله).

إلَّا علىٰ موجود.

۞ قلنا: لا، بل بقيت المنافع علىٰ العدم حكمًا، كما كانت حقيقة، وجوِّز بيعها قبل وجودها[١] إذا صارت بحيث لو وجدت وجدت علىٰ ملك البائع، وقبضه، علىٰ ما مرَّ في الطريق الأول.

لأنا[٢] وجدنا في الشَّرع التَّمليك يصحُّ مضافًا إلىٰ ما سيوجد، نحو المضاربة، والوصيَّة علىٰ ما مرَّ، ولم نجد في الشَّرع معدومًا أعطي[٣] حكم الوجود في تجويز التَّصرُّف في غير المتنازع فيه.

فلما اضطررنا في المتنازع فيه إلىٰ ترك القياس علىٰ سائر البيوع، بأنَّ نجيز علىٰ المعدوم حقيقةً علىٰ أن يعطيه حكم الوجود شرعًا، بخلاف القياس، أو [علىٰ أن][٤] نجيزه[٥] كذلك مضافًا إلىٰ معدوم حقيقةً وحكمًا علىٰ سبيل التوقف= أثبتنا ما وجدنا له نظيرًا في الشَّرع من حيث التَّمليك إن لم نجد من حيث المعاوضة والبيع، فيكون ترك المقايسة بإحلال[٦] صفة العوضيَّة، دون التملُّك الذي فيه بلا معاوضة [أولىٰ][٧].

فإنَّك متىٰ جعلت المعدوم موجودًا حكمًا ليجوز العقد كنت تاركًا للقياس

---

[١] «ص» وحاشية «أ» زيادة (وملكها).

[٢] «ص» (أو لأنا).

[٣] «أ» «ن» (علىٰ)، والمثبت من «ص».

[٤] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٥] «أ» «ن» (يجوز)، والمثبت من «ص».

[٦] «ص» (بإخلال). ولعلها أولىٰ.

[٧] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص».

على الأصول أصلًا ؛ لأنك لا تجد له نظيرًا في غيره[١] من جملة الإيجابات المضافة إلى معدوم[٢] .

ولأنا بهذا التغيير نبدِّل أمرًا[٣] شرعيًّا ، فإن الشَّرع هو الذي شرط الوجود لجواز البيع ، وأنت تبدِّل أمرا حقيقيًّا ، وهو عدم المنفعة في المدَّة للحال ، وتبديل الحكم الشَّرعي[٤] أيسر من الحقيقة ؛ لأنَّا نجد كثيرًا من الأحكام تناسخت ، ولا نجد قلب الحقائق حكمًا إلَّا قليلا .

ألا ترى أن الوجود شرط لجواز البيع ، ثمَّ جاز بيع الحنطة سلَمًا قبل وجودها في ملك البائع ، ولم يكن الجواز[٥] من طريق أن للمسلم فيه حكم العين الموجود في الذمَّة ، بل جوِّز[٦] من طريق أن الحنطة أعطي لها حكم الثَّمن ، فموجب البيع[٧] إزالة الملك عن مبيعٍ عينٍ[٨] ، وإيجاب الثَّمن في ذمَّة المشتري ، فجوِّز بيع الحنطة سلمًا قبل الوجود على معنى أنَّه إن جعل السَّلم موجبًا للحنطة[٩] كان موجبًا للثمن[١٠] ، لأنَّ الإزالة والإيجاب حكمان شرعيَّان ، فكان التَّبديل أهون من أن يجعل السَّلم في الذمَّة عينًا حكمًا ، والحقيقة بخلافه .

---

[١] «ن» (عدة) .

[٢] «ص» وحاشية «أ» (إلى محال معدومة) .

[٣] «ص» (بهذا التعيين نبدل حكما) .

[٤] «أ» «ن» (وتبديل الشرع) ، والمثبت من «ص» .

[٥] «ص» (الجواز فيه) .

[٦] «ص» (جعل) .

[٧] «ص» وحاشية «أ» (فمن حكم البيع) .

[٨] «ص» وحاشية «أ» زيادة (موجود بثمن يوجبه) .

[٩] في حاشية «أ» (كما) . «ص» (على معنى أن جعل عقد السلم . . . كما كان موجبا للثمن) .

[١٠] «ن» (أنه جعل . . . للحنطة كما كان موجبا للثمن) .

ثم الدَّليل علىٰ أن بيع السَّلم جوِّز من الطريق الذي قلنا: أن قبض رأس المال شرط في المجلس كيلا يكون دينًا بدين، كما شرط في الصَّرف، علىٰ ما بيَّنَّا في البيوع، ولو أعطي السَّلم حكم العين الموجود ـ في حَقّ جواز السَّلم ـ لَمَا وجب قبض رأس المال في المجلس، كما لو باع حنطة بعينها بدراهم.

❊ **فإن قيل:** أليس يجوز النّكاح بمنافع دار شهرًا وتصحّ التَّسمية، وإنه لا ينعقد إلَّا بمهر للحال؟

۞ **قلنا:** من حكم النّكاح أنَّه لا ينعقد إلَّا بمال، والتَّسمية لا تصحّ إلَّا بما هو مال معلوم، فأمَّا أن يكون داخلًا تحت العقد للحال، أو مملوكًا للمرأة، فليس بشرط عندنا.

فإنا نقول: من تزوج امرأة علىٰ عبد غيره، فلم يرض به صاحبه، خرج العبد عن الإيجاب أصلًا، والتَّسمية صحيحة، حتَّىٰ إذا اشتراه من صاحبه، [وسلَّمه][1]، أجبرت المرأة علىٰ القبول، فهذا الذي نسميه موقوفا أولىٰ أن يصح.

وكذلك جوزنا النّكاح علىٰ منافع داره[2] شوّال، وهو في رجب، ولا ملك ههنا بالإجماع، فثبت أنا جوَّزنا الإجارة علىٰ سبيل الإضافة إلىٰ حين الوجود لتعذُّر[3] البناء علىٰ الوجود.

والخصم أعطىٰ المنافع المعدومة حكم الموجودة، لتعذُّر البناء علىٰ

[1] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص».

[2] في حاشية «أ» زيادة (شهر).

[3] «ص» (لضرورة تعذر).

الوجود [حقيقةً][١]، وتعذُّر جواز البيع مضافًا في[٢] الأصل، فيمسك[٣] بفساد البيع[٤]، وترك عدم المنافع حكمًا لضرورة جواز البيع.

ونحن بقَّينا العدم على العدم، وتركنا فساد البيع [بالإضافة][٥] لضرورة [تعذُّر][٦] البناء على الوجود.

فأما الجواب عن قولهم: «ملك الأجر بشرط التَّعجيل»؛ فلأنَّ الإضافة إنَّما تثبت بحكم[٧] المعقود عليه، لا بحكم النَّصِّ من المتعاقدين، فثبتت[٨] الإضافة في حَقِّ المنافع لا غير، ولا تثبت في حَقِّ الأجرة، إلَّا أنها لا تملك على أصلنا قبل الشَّرط، فيكون[٩] مساويا للآخر في ملك المنفعة على ما نذكره. وبالشَّرط يبطل اعتبار معنى المساواة على ما نذكره.

بخلاف ما إذا آجر داره شوال، وهو في رجب، بشرط تعجيل الأجرة، فإن الشَّرط باطل للحال، لأنَّ العقد أصله منعدم للحال بالنَّصِّ إلى شهر لم يجز[١٠] إلَّا لضرورة[١١] انعدام المعقود عليه مع إرسال العقد للحال، ولما انعدم بالنَّصِّ

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (على).

[٣] «ن» (فمسك).

[٤] «ص» (بفساده مضافا).

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص».

[٧] «ص» (بحكم عدم).

[٨] «ص» (فبقيت).

[٩] «ص» (ليكون).

[١٠] في حاشية «أ» (يجئ).

[١١] «ص» (بنص الإضافة إلى شهر لا لضرورة).

ثبت العدم في حَقّ الآخر[١]، فلم يجب قبله.

ودلَّ لصحَّة ما قلنا: أن من أعار داره شهرًا، أو وهب لرجل منافع داره شهرًا، وسلَّم، ثمَّ مات المستعير= لم تورث المنافع عنه[٢]، وما يُملك بالبيع يُملك بالهبة إذا تمَّ بالقبض الذي يبتنىٰ عليه جواز التَّصرُّف في البيع بلا امتناعه[٣] فيما يحتمل القسمة، ولو ملكت، لخلفه الوارث فيه[٤] لا محالة.

وإذا ثبت هذا خرِّجت المسائل. أما الذي آجر داره شوال وهو في رجب، فلأنَّه لو آجره في رجب[٥] كانت الإجارة في المنافع المعدومة مضافة[٦] علىٰ ما مرَّ. فالتنصيص علىٰ الإضافة لا يبطلها إذا لم يتبدَّل شيء من الشروط المجوِّزة من الوجه الذي قلنا.

❁ فإن قيل: في هذا زيادة إضافة يمكن الاحتراز عنه، وإنَّما سقط اعتبار الأوَّل لضرورة أنَّه لا يمكن الاحتراز عنه.

[قلنا][٧]: لما[٨] لم يثبت بهذا النَّصّ أكثر ممَّا كان ثابتًا بأصل الشَّرع لم يوجب فسادًا.

❁ فإن قيل: أوجب زيادةً حتَّىٰ لم يملك الأجرة للحال، وإن شرط تعجيلها.

---

[١] «ص» (الأجر).

[٢] «أ» «ن» (شهرا وسلم لم يورث)، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (إشاعة).

[٤] «أ» «ن» (خلفه الوارث)، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (لو آجر إلىٰ شهر).

[٦] في حاشية «أ» (فيه).

[٧] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٨] «أ» (فلما).

۞ قلنا: الأثمان في البيوع بمنزلة البيع للسِّلع، حتَّىٰ كان بقاء العقد متعلِّقا بقبض السِّلعة، دون الثَّمن، ثمَّ هذا العقد في حَقِّ السِّلعة ـ وهي[١] المنافع ـ لا تقع إلَّا مضافة[٢] قبل الثَّمن الذي هو بيع للإضافة أيضًا تحقيقًا للتبعيَّة، وإن عدم فيه ما كان في المنافع.

ولأنا ذكرنا أن [من][٣] شرط جواز الإجارة أن تكون الدَّار بحيث لو حدثت المنافع في مدَّة الإجارة حدثت علىٰ ملك المؤاجر[٤] ويده. وقد قام هذا المعنىٰ مقام ملك العين وقبضه في سائر البيوع، وهذا المعنىٰ في الإجارة المضافة إلىٰ شهر لم يكن قائما، وبعد الشَّهر قائم[٥].

وكذلك إذا آجر علىٰ أنَّه بالخيار ثلاثة أيَّام؛ لأنَّه بمنزلة المضاف إلىٰ ما بعد ثلاثة أيَّام علىٰ ما قرره الخصم، أو دونه.

ومنها: إذا آجر شهرين، فلم يسلِّم شهرًا، ثمَّ جاء يسلِّم، أجبر المستأجر علىٰ القبول، لأنَّ الإجارة لا تنعقد[٦] إلَّا متفرِّقة ساعة فساعة، ولما تفرَّقت الصفقة في حَقِّ الأزمنة لم يكن التفرُّق موجبًا خيارًا.

كما لو اشترىٰ أعيانًا بعقود متفرِّقة، وهلك بعضها قبل التَّسليم لم يثبت الخيار في البقيَّة، وبعض الشُّبهة قائمة، ففي هذا زيادة تفرُّقٍ، حيث يهلك

[١] «أ» «ن» (وهو)، والمثبت من «ص».
[٢] «أ» «ن» (مضافا)، والمثبت من «ص».
[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٤] «ص» (المستأجر).
[٥] «ص» وحاشية «أ» (وبعض الشبهة قائمة).
[٦] «أ» «ن» (مما لا ينعقد)، والمثبت من «ص».

البعض[١] على ملك المؤاجر، والبعض يهلك على ملك المستأجر، وإذا سلَّم جملة يجتمع الملك للمستأجر.

ومنها: أن الإجارة تبطل بموت المؤاجر؛ لأنَّ الإجارة عقدت على ملك العاقد وعليه، وهي على المنافع التي تكون بعد موته إنَّما تنعقد حين الوجود، فلا تنعقد على الميِّت بعد موته بإيجاب وجد حال الحياة، لا على سبيل الوصيَّة، كما لو وهب، ولم يسلِّم حتَّى مات، أو وكَّل بالبيع، فلم يبع [الوكيل][٢] حتَّى مات، ولهذا لا تجوز إجارة الوارث كالهبة قبل التَّسليم؛ لأنَّه يقوم مقامه في أملاكه، لا أقواله، وعقوده التي عقدها لنفسه، وعليه.

بخلاف الوصيَّة بجميع المال؛ لأنَّه إضافة إلى مال الوارث، ولأن العقد على مال الغير لا ينفذ بإجازة مالكٍ تجدَّد له سببُ ملكٍ، بخلاف الملك الموقوف، والتجدُّد يبطل التَّوقُّف، كما إذا باع شيئًا، ثمَّ اشترى، ثمَّ أجاز.

وكذلك إذا استأجر ثمَّ مات؛ لأنَّ العقد إنَّما ينعقد ساعة فساعة، وإنَّما ينعقد للعاقد، فلا ينعقد بعد موته بإيجاب حال الحياة إلا[٣] على وجه الوصيَّة، على ما مرَّ.

بخلاف الوكيل بالإجارة أو الشِّراء[٤]، فإنها لا تبطل؛ لأنَّه ثابت [بموته][٥]، ولا يتبدَّل الحكم في حَقِّ ما[٦] انعقد العقد له في البدلين جميعا.

---

[١] «ص» (النصف).
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٣] «ص» وحاشية «أ» (لا).
[٤] في «ص» زيادة (أو المتولي إذا مات).
[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٦] «ص» (من).

ولأن المنافع لا تقبل الإرث بحال ؛ لأَنَّها لا تتقرر[١] زمانين ، والإرث لا يتصوَّر إلَّا علىٰ زمانين ، بأنْ كان[٢] للميِّت ، ثمَّ صار للوارث ، لأنَّه ملك خلافة لا ابتداء.

وكذلك الموصىٰ له بالخدمة إذا مات بطلت وصيَّته ؛ لأنَّها تحدث[٣] ساعة فساعة ، فبعد الموت تصير وصية[٤] لميت.

فكذلك الإجارة تصير لميِّت فتبطل[٥] ، والوارث يقوم مقام الأوَّل فيما صار له بسبب الملك[٦] ، لا في نفس قبول السَّبب.

ولهذا لا تورث العارية بالإجماع ، وهي هبة منفعة في المدَّة كالوصيَّة ، وذكرنا الاستدلال بالعارية في مسألة الإجارة بأكثر مما استأجر.

وكذلك إذا آجر عبده سنةً ، ثمَّ أعتقه لنصف السنة ، كان له البعض[٧] ؛ لأنَّ الإجارة بعد العتق تنعقد حين وجود المنافع ، وإنَّما توجد للمعتق[٨] ، فلا يستحقُّ بعقد المولىٰ عليه ، كما بعد العتق ، والنفاذ قبل العتق بحكم أنها ملكه ، لا بحكم النِّيابة عمَّن له العقد[٩] علىٰ سبيل ولاية شرعيَّة.

---

[١] «ص» (تبقىٰ).

[٢] «أ» (كانت).

[٣] «ص» وحاشية «أ» (تجب له).

[٤] «أ» (وصيته) ، والمثبت من «ن» «ص».

[٥] «أ» «ن» (فبطل) ، والمثبت من «ص».

[٦] «أ» «ن» (بتسليط) ، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٧] «ص» (القبض).

[٨] «ص» (وإنها توجد للعتق).

[٩] «ص» (ملك المولىٰ لا بحكم النيابة عن العبد).

بخلاف ما إذا آجر الوصي عبدًا ليتيم ثمَّ بلغ ، فإن الإجارة تبقى ؛ لأنَّ العقد نفذ بحكم النِّيابة عن المالك ، فإنه أعمُّ من الوكيل بالإجارة ، فلزمه ذلك في المدَّة كلِّها ، ولم يعتبر قيام ولاية النِّيابة بعد العقد ، كما في الوكيل.

فأما إذا آجر الأب ولده الصّغير ، أو الوصيُّ سنةً ، فبلغ لنصف السنة ، فله أن ينقضها ، لأنَّ الأب والوصي ما لهما ولاية إجارة الصغير ؛ لأنَّها ليست من أسباب تثمير[١] المال والتَّصرُّفات التي هي من مصالح نفسه ومعيشته[٢] ، بل هي[٣] من كسوب المضطرين من أكدِّ الأعمال[٤] ، والولاية تثبت للولي فيما هو من مصالح أمر المعيشة ، كالتّجارة والنِّكاح ، وكان ينبغي أن لا تجوز الإجارة ، إلَّا أنَّهم جوَّزوها استحسانًا.

فالأب[٥] يملك استخدام الصغير ، وإتلاف منافعه مجانًا بغير شيء تأديبًا ، وتهذيبًا ، وتثقيفًا ، ولَمَّا ملك إتلاف المنافع بغير شيء كان إيجاب البدل عنها منفعةً محضةً تملك بقيام يد[٦] التحصين ، كما تملك الأمُّ قبول الهبة للصغير إذا كان في يدها.

وكذلك الأجنبي إذا ربّى صغيرا أجنبيًّا ملك قبول الهبة له بيد التحصين.

وكذلك العبد لا يملك إجارة نفسه ، وإن فعل ، وسلَّم ، وجب المسمَّى ،

---

[١] «ص» (تتميز). ولم تضبط الكلمة بالنقط في «أ» «ن» ، والمثبت هو الأنسب للسياق. والله أعلم.

[٢] «ص» (في معيشته).

[٣] «أ» «ن» (هو) ، والمثبت من «ص».

[٤] كذا ، وفي «ص» (ومراعمه كذا الأعمال).

[٥] «ص» وحاشية «أ» (لأنه).

[٦] «أ» (لقيام بدل). «ص» (فملكناه بقيام يد) ، والمثبت من «ن».

وانقلب جائزا استحسانًا ؛ لأنَّه لو لم يجز لضاعت المنافع ، فكان إيجاب الأجر نفعًا محضًا ، ولما مُلك[١] بيد التحصين ، وإنه يزول بالبلوغ ـ والإجارة تنعقد علىٰ حكم الابتداء ـ لم يلزمه إلَّا بإجارة ، أو وكالة من قِبله[٢] ، كما في مسألة العبد إذا زال الملك بالعتاق .

إلا أن العقد ههنا يجوز بإجارة[٣] الصغير والعتيق بخلاف الوارث ؛ لأنَّ العاقد لم يحدث به ما يبطل إيجابه بعد العتق والبلوغ ، فإنه علىٰ صفاته التي تثبت له ولاية التَّصرُّف ، إنَّما حدث تغيُّر في المتصرَّف عليه بأن خرج عن ولايته ، وهذا يمنع النفاذ لا[٤] الانعقاد .

بخلاف الموت ، فإن الميِّت ليس بأهل أن ينعقد له أو عليه عقد ابتداءً بإيجابه .

ألا ترىٰ أنَّه إذا باع ، أو اشترىٰ ، ومات قبل القبول ، لم يصحّ القبول بعده . وكذلك إذا وهب ، فلم يسلم ، لم يصحّ التَّسليم بعده ؛ لأنَّ الانعقاد[٥] بتصرفه حَقٍّ مقصور[٦] لما يتعلّق به الأحكام ، والميِّت ليس بأهل له بعد موته ، ولا أهل للعبارة .

فأمَّا أن يصير[٧] غيرَ وليٍّ علىٰ المحلِّ فلا يخرج به مِن أن يبقىٰ التَّصرُّف

---

[١] «أ» «ن» (ملكت) ، والمثبت من «ص» .

[٢] «ص» (قبل) .

[٣] كذا في الأصول ولعلها: بإجازة .

[٤] «أ» (ولا) ، والمثبت من «ص» .

[٥] «ص» وحاشية «أ» (نفس الانعقاد) .

[٦] «ص» (مقصود) .

[٧] «ص» (يعتبر) .

حقًّا له في مال غيره، ولا أن يكون أهلًا للعبارة في مال الغير شرعًا على ما عرف من مذهبنا، وبعض الشُّبهة قائمة، لأنَّ السَّبب هو العقد، وقد تمَّ وخرج عن ملكهما، وإذا تم السَّبب[١]، ثمَّ مات المكتسب يجوز أن يثبت حكمه بعد الموت.

كما إذا رمى صيدًا، ثمَّ مات، فأصاب بعده، فكذلك إذا استأجر دارًا جاز، وإذا جاز في جانب الدُّخول جاز مثله في الخروج، وفي الهبة قبل التَّسليم لم يتمَّ السَّبب.

ومنها: إذا آجر داره بسكنى دار شهرًا لم يصحّ عندنا، لأنَّه بمنزلة بيع الشَّيء بجنسه نسأً.

هكذا علَّل محمد فيما كتب إليه ابن سماعة.

ووجه ذلك: أن الملك في بيع الشَّيء بجنسه[٢] متعجل في البدلين، وإنَّما تأجَّلت المطالبة، وتأخَّر معنى العينيَّة. والعينيَّة ههنا معدومة في البدلين، والملك معدوم، لما ذكرنا أنها إنَّما تنعقد على ما يوجد من بعد، فكان أولى بالحرمة.

❁ فإن قيل: إنَّما حرِّم بيع الشَّيء بجنسه نسأً عندكم؛ لأنَّ النقد خير من النسيئة، فيمكن في النقد معنى الفضل، فحرم بأحد وصفي علَّة تحريم ربا الفضل، على ما ذكرتم في موضعه. وههنا لا فضل، فالعدم في البدلين على نمط واحد.

❁ قلنا: نعم، النَّصّ إذا عُلِّل تعلّق الحكم في الفرع بعلته. فأمَّا في النَّصّ بعينه فلا تراعى العلَّة، ويتعلَّق بعينه، وهو أنَّه ليس يدا بيد[٣]، وأنه خرج مبيحًا

[١] «ص» وحاشية «أ» (من جانب المكتسب).

[٢] «ص» زيادة (نسأ).

[٣] في «ص» زيادة (فإن النبي ﷺ قال: «إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد»).

لما أصله تحريمٌ فيما[١] لم يختلف، فتكون الحرمة فيما إذا لم يكن يدا بيد بالنَّصّ، لا بالقياس، فلا يعتبر للحرمة قيام الفضل، لأنَّ النَّصّ لم يشر إلى الفضل، وفيه شبهة، فما المنافع من أموال الربا[٢]. وكذلك الإجارة تنقضي[٣] بالعذر؛ لأنَّها جوِّزت مضافة إلى ما سيوجد، وإنه باطل على أصل الشَّرع قياسا.

وإنَّما جوِّز استحسانًا لحاجة النَّاس إلى ذلك، فإذا صارت الحاجة في بعضها[٤] وتحققَّت ترجَّح وجه القياس.

فأما[٥] إذا استأجر شيئًا، وقبضه، ثمَّ آجر بأكثر مما استأجر= لم تطب له[٦] الزِّيادة عندنا، فيبتنى على هذا الأصل [أيضًا][٧].

ثمَّ على أصل آخر؛ لأنَّه ثبت من أصلنا أن العقد في حكم المضاف، والمنافع على الحقيقة ليست بمقبوضة، ولا مملوكة، ولكن أعطيت حكم القبض في حَقّ جواز التَّصرُّف للضرورة، والرِّبح بعد القبض حلال، وقبله حرام، والباب باب الحرمات، فترجَّحت جهة الحرمة على أصلنا.

كما قالوا فيمن اشترى عبدًا بألف وهو يساوي ألفين، فقتل قبل القبض، وضمن القاتل ألفي درهم للمشتري= أنَّه لا يحل له ألف؛ لأنَّها ربح من وجه؛

[١] في حاشية «أ» (فلما). وفي «ص» (وأنه خرج نسخا لما أحله تحريم).

[٢] زاد في «ص» وحاشية «أ» (ولا ذكر الشهر أجلا (أجل) ونسيئة).

[٣] «ص» (تنقض).

[٤] «ص» (نقضها).

[٥] صدرت هذه الفقرة بمسألة في «ص».

[٦] «أ» (يبطل)، «ن» (تطب)، والمثبت من «ص».

[٧] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

لأنَّ الزِّيادة إنَّما تحقَّقت بنفس المقابلة بالقيمة ألف بألف، والألف الآخر ربح لا محالة، فأما قبل القتل فلم تكن تظهر الزِّيادة في[١] العبد والألف إلَّا عند التَّقويم، والبيع لا يتعلّق بقدر القيمة، فلا تجب المجاوزة عن العين إلىٰ قيمته بحقِّ البيع، فلا يظهر الرِّبح حتَّىٰ يصير دراهم تظهر[٢] الزِّيادة بنفس المقابلة، فصارت الألف ربحًا علىٰ هذا الوجه بالقتل، فإنه قبل الضَّمان يدخل النَّهي[٣].

ومن وجه لا ربح[٤] بالقتل؛ لأنَّ القيمة بدل العين لا بدل الثَّمن، والعين ملكه بالعقد، فقيمته كذلك، وما في بدل ملكه غير[٥] القيمة ربح، فترجَّح جانب الحرمة علىٰ أصلنا، ولم يترجَّح علىٰ أصله، بل ترجَّح جهة أنَّه لا ربح[٦]، فإنه هو الحقيقة.

ونحن رجَّحنا تلك الجهة لما فيه من شبهة الثبوت بالقتل، وباب الرِّبا يثبت بالشُّبهات علىٰ ما بيَّنَّا في البيوع، وفرَّعنا عليه المسائل. وهي [مسألة][٧] مشكلة علىٰ هذا الوجه؛ لأنَّ الاختلاف ثابت فيما إذا آجر دارًا، أو أوصىٰ له بسكناها، وطِيب الرِّبح في الوصيَّة لا يبتنىٰ علىٰ ضمان، ولا قبض.

واحتجَّ **هلال الرازي** في وقفه: أنا أجمعنا علىٰ أن المستعير ليس له أن

---

[١] «ص» (بين).

[٢] في حاشية «أ» (تصرف). «ص» (فتعرف)

[٣] «أ» «ن» (الثمن)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ»، ومقصوده النهي عن ربح ما لم يضمن. في حاشية «أ»: (فدخل تحت النهي)

[٤] «ص» (وجه الربح).

[٥] حاشية «أ» (عين)، «ص» (وما في بدله ملك عين).

[٦] «ص» (الربح).

[٧] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

يؤاجر، لأنَّ تلك المنافع مملوكة بغير عوض، فكذلك الموصىٰ له بالسكنىٰ.

والدَّليل علىٰ أن المستعير مالك: أن المستعير يملك أن يعير، ولو كانت الإعارة إباحةً لَما ملك أن يبيح لغيره[١]، كمن قال لآخر: «أبحت لك طعامي»، لا يملك أن يبيح لغيره[٢]، فإن الإعارة من الإجارة كالهبة من البيع في حَقّ المنفعة[٣].

ألا ترىٰ أنَّه لو قال: «أعرتك منافع داري شهرًا بعد موتي»، كان كما لو قال: «أوصيت لك بسكنىٰ داري».

وكذلك إذا قال: «وهبت[٤] لك بسكنىٰ داري»، «وأعرتك» واحد[٥].
ولأن المنافع أموال تقبل التَّمليك ببدل، فكذلك بغير بدل كالأعيان.

❁ فإن قيل: إنَّما لم يملك المستعير الإجارة؛ لأنَّها لازمة، والعارية ليست بلازمة.

❁ قلنا: هبة الرجل لولده غير لازمة عندك، والولد يملك أن يهب لغيره، وأن يبيح[٦].

ولأنه كان يقال: ملَك المستعير التَّصرُّف بشرط ألَّا يبطل حَقّ المعير في

[١] «أ» (غيره).
[٢] «أ» (غيره).
[٣] «ص» (ولأن الإعارة من الإجارة في حَقّ المنفعة كالهبة من البيع في حق العين).
[٤] «ن» (أوصيت).
[٥] «ص» زيادة (والهبة للتمليك، وكذلك إذا أعار ما يكال أو يوزن وسلم ملكه للمستعير وكان إقراضا).
[٦] «ص» وحاشية «أ» (يبيع).

الاسترداد، كما قيل[١] فيمن اشترىٰ، وقبض قبل نقد الثَّمن بغير إذن البائع، وتصرف فيه= أنَّه ينفذ، وللبائع حق الاعتراض[٢] بحق الملك.

فعلمنا أن المستعير إنَّما لم يملك الإجارة؛ لأنَّه ملكها بغير عوض، فكذلك المستأجر لم يملك الزِّيادة علىٰ ما غرم؛ لأنَّه في تلك الزِّيادة بمنزلة الموصىٰ له[٣]، والمستعير.

وهذا المعنىٰ معقول علىٰ أصلنا، وهو: أن المنافع أموال عندنا متقوَّمة في أنفسها، حتَّىٰ يجوز أن تكون مهرا، ولا يثبت الحيوان [دينا][٤] [عنها][٥] في الذمَّة.

بخلاف الخمر، فإنه لا يصلح مهرا، وليست بمضمونة بالمال.

بدليل أن مستهلكها بغير حَقٍّ لا يضمن شيئًا، كما لو أتلف خمرا، فلشبه[٦] الأوَّل يجوز[٧] الاعتياض عليها مطلقًا ملَكها تبعًا لملك الأصل، [بشراء الأصل][٨]، أم ملكها مقصودةً بالإجارة، والإعارة[٩] والوصيَّة، وللشبه بالخمر يبطل[١٠] صحَّة الاعتياض عليها مطلقًا في الأحوال كلِّها.

---

[١] «أ» «ن» (قال)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» وحاشية «أ» (حق النقض والاسترداد وإذا لم يملك المستعير والموصىٰ له الاعتياض).

[٣] «ص»، «أ» زيادة (في أصل العوض).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن»، وفي «ص» (بدلا).

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٦] «أ» (فأشبه)، والمثبت من «ن».

[٧] «ص» (ثم الشبه الأولىٰ بجواز).

[٨] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن». وفي «ص» (بشراء الأم).

[٩] «أ» «ن» (والإجارة)، والمثبت من «ص».

[١٠] «أ» (تبطل).

فقيل: إذا ملكت تبعًا لملك الأصل، جاز الاعتياض عليها[١] مطلقًا، كالأعيان من الأموال المتقومة، وإذا ملكت مقصودة لم يملك الاعتياض عليها[٢] إذا ملكها بغير عوض، كما في العارية والوصيَّة، ويملك الاعتياض عليها إذا ملكها بعوض بقدر ما عوض كما في الإجارة، فنظير[٣] الضَّمان بالمال بقدر ما ضمن، فيصحّ الاعتياض بذلك القدر، ولا يجوز فوقه.

❁ فإن قيل: في العقد بدون[٤] البدل: يجوز عندكم، ولكن لا تطيب له الزِّيادة، ولو أشبهت الخمر لما جاز.

❁ قلنا: يجوز بضمان التَّسليم، كمن غصب دارًا فآجرها كان البدل كله له ولا يطيب.

وهذا التَّعليل لبيان أن الملك لا يطلقه هذا التَّصرُّف، ويكون كغير المالك، أو كمالك الخمر.

ومنها: أن الأجرة لا تملك بنفس العقد عندنا[٥].

لما ثبت أن الإجارة بمنزلة المضافة إلىٰ ما سيوجد من المنافع، أشبه ما إذا آجر داره شهرًا لم يجئ بعد، أو آجر علىٰ أنَّه بالخيار ثلاثة أيَّام، فلا يملك الأجرة في مدَّة الخيار؛ لأنَّ الأجرة بدلها[٦]، كالثَّمن من المبيع، فيجب تبعًا علىٰ ما مرَّ،

[١] «ص» زيادة (بنفس ملكها).

[٢] زاد «ص» وحاشية «أ» (بنفس ملكها إلا أن يكون ملكها بعوض كالمستأجر فيظهر الضمان بالمال).

[٣] «ص» (فيظهر).

[٤] «ص» (بكثير).

[٥] في حاشية «أ» (لأنه).

[٦] «ص» (بدل المنافع).

فيصير الإيجاب في حَقّ الأجرة كالمضاف، ما لم يُقطع عنه بالشَّرط.

وعامة مشايخنا يعبِّرون ويقولون: إن الإجارة عقد معاوضة، فمطلقه يوجب الملك في البدلين علىٰ المقابلة؛ قياسًا علىٰ البيع، وهذا، لأنَّ تفسير المعاوضة: تمليك ببدل لغة، وليس بتمليك للحال، فمن[١] أوجب ملكًا بلا ملك كان خروجًا عن سببه بقدره[٢].

وكان هذا الحكم أولىٰ بالمراعاة من قولهم: يجب حالًّا؛ لأنَّه ليس في التَّأخير سقوط حكم المعاوضة لغة[٣]، وكذلك شرعًا.

ألا ترىٰ أن خيار المجلس ثابت علىٰ أصله، ولا يملك إلَّا بعد التفرق.

ثمَّ قد ثبت علىٰ أصلنا أن الملك في المنفعة يجب ساعة فساعة، فكذلك الأجر[٤]، بخلاف ما إذا اشترط تعجيل الأجرة؛ لأنَّ الحكم الذي ذكرنا مما يحتمل التغيُّر شرطًا[٥] من حيث التَّقدُّم والتَّأخُّر.

ألا ترىٰ أنَّه إذا باع بشرط الخيار، ملك الثَّمن عندكم، ولا يملك عليه المبيع، وهذا، لأنَّ الباء للإلصاق علىٰ الحقيقة، وإنه يحتمل التَّأخير مجازًا، فيعمل بمجازه إذا جاء الشَّرط.

ألا ترىٰ أنَّه إذا باع بثمن فيجب الثَّمن حالًّا ليكون مثل المبيع عوضًا

---

[١] «ص» (فمتىٰ).

[٢] «ص» (بعذره).

[٣] «أ» «ن» (نفسه)، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» (الأجرة).

[٥] في حاشية «أ» (التعيُّن بشرط)، «ص» (التغيير بشرط).

وجزاءً، وإذا كان بشرط الأجل تأخَّر[١] وفارقه، وكذلك إذا استوفى حقيقة؛ لأنَّه فوق شرط التَّعجيل؛ لأنَّه مباشر للواجب بالشَّرط.

وإذا أبرأ عن الأجرة صحَّ؛ لأنَّ الإبراء تصرَّف في الأجر بحكم الملك، وأعطينا المنافع حكم الملك في حَقّ جواز التَّصرُّف فيها بحكم الملك، فكذلك الأجرة، فإن سبب الوجوب هو العقد، وقد وجد جملة، وإنَّما يصير كالمضاف في حَقِّ المنافع ضرورة عدمها، فلا يصير كالمضاف[٢] في حَقّ الأجرة، فإذا لم يصر، وتحقَّق[٣] سببًا، فصحّ الإبراء، وإن لم يجب.

كالمجروح إذا عفا عن الجرح، وما يحدث منه، ثمَّ مات، صحّ البراءة عن الدية، ولم تكن وجبت.

وأما الكفالة فتصحّ بدين سيجب إذا أضيف إلى سبب الوجوب، وانعقد سببه[٤].

فأما الارتهان فهو[٥] استيفاء، والأجرة تتعجَّل بالاستيفاء، وتصرُّف أيضًا بحكم وجوب الدَّين، وله حكم الملك في حَقّ جواز التَّصرُّف المبني على الوجوب[٦].

وأما النّكاح على منافع [دار][٧] شهرًا للحال يجوز، وكذلك على منافع

---

[١] «أ» «ن» (بشرط أجل بأجل)، والمثبت من «ص».

[٢] في حاشية «أ» (قلنا).

[٣] «ن» (وإذا لم يصر تحقق). «ص» (وإذا لم يصر مضافا وتحقق سببا)

[٤] «أ» «ن» (والعقد سبب)، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (نعقد).

[٦] «ص» (الملك).

[٧] ما بين [ ] ليس في «ن».

شهر لم يجئ بعد، ويجب ملك النّكاح للحال، ولا ملك في الشَّهر المضاف إليه بعدُ[١] في جزء من المنافع.

فالجواب عنه: أن المنافع متى جعلت مهرا صار[٢] العقد نكاحا، وصارت المنافع مهرا فتصير تبعًا[٣]؛ لأنَّ صحَّة النّكاح لا تتعلّق بالمهر بحال، ولا يتغيَّر حكمه لأجله.

ألا ترى أنَّه إذا تزوَّجها على خمر صحَّ، ولا يجب الخمر بحال.

وكذلك على عبد مستحقٍّ يجب النّكاح للحال، وملكه[٤]، ولا ملك في العبد، فإذا كان لا يتغيَّر بفوت المسمَّى أصلًا لم يتغير بتأخر ملكه.

وكذلك لو تزوَّجها على أن لا مهر، يصحّ، ويقع الملك.

بخلاف الإجارة، فإن المنافع فيها مبيعة، والأجرة ثمن، وكون[٥] المنافع أصلًا، ولأن الملك في المنفعة ـ وإن تأخَّر ـ لم يخرج به العقد أن يكون صحيحًا معتبرًا.

ولو تأخر الملك في النّكاح لخرج من أن يكون معتبرًا[٦]، فلابدَّ أن يكون معتبرًا كما اعتبر في جانب المنفعة، ومتى اعتبر كان موجبًا للملك ضرورةً، فلذلك افترقا.

---

[١] «ن» (يفد).

[٢] في حاشية «أ» (فتصير).

[٣] «ن» (فصار المنافع تبعا).

[٤] «أ» «ن» (وكذلك عبد مستحق يجب النكاح وملكه)، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (فتكون).

[٦] «ص» وحاشية «أ» (معتبرا نكاحا).

ألا ترىٰ أن النِّكاح بشرط الخيار لما كان معتبرًا علىٰ أصلنا أوجب الملك حالًّا، ولما لم يوجب الملك عندكم لم يعتبر، والبيع بشرط الخيار معتبر مع تأخُّر الملك.

وكذلك عندنا بيع مال الغير بغير إذنه معتبر بيعًا، حتَّىٰ إذا حلف لا يبيع يحنث[١].

والنِّكاح بغير إذن صاحبه غير معتبر نكاحًا، حتَّىٰ إذا حلف لا يتزوَّج فتزوَّج بغير إذن المرأة لم يحنث، فأوجب اعتبار العقد في حَقِّ المنافع الاعتبارَ في جانب المرأة ليكون بعوض، ثمَّ ضرورة هذا الاعتبار أوجب الملك لما ذكرنا[٢].

|١٠٤٦| **مسألةٌ**[٣] وعلىٰ هذا يخرج الصَّرف بالأجرة التي ليست بمعجلة، فإنه باطل في قول أبي يوسف.

وقال محمد: جائز إذا لم يكن عينًا.

لأنَّ الصَّرف بالدَّين لا يتعلَّق بعينه، بل بمثل يجب بالصَّرف، كما لو أضيف إلىٰ ثمن عين لم يتعلَّق به، بل يجب بالعقد مثله.

ألا ترىٰ أنهما لو تصارفا بعد الصَّرف بالدَّين أو الشِّراء به[٤] أن لا دين[٥]

---

[١] «ص» (يحنث به).

[٢] زاد في «ص» وحاشية «أ» (ففارق المنافع بموجب غير قولنا معاوضة فأشبه المفارقة بشرط التعجيل والله أعلم).

[٣] الترجمة ليست في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٤] «أ» (الشراية).

[٥] «ص» (لو تصادقا بعد الصرف أو السراية علىٰ أن لا دين).

= لم يبطل الصَّرف، ولو تعلّق بالدَّين بعينه لبطل؛ لأنَّه معدوم، كما في الصُّلح عن ماله[١] بدين، [وكما جاز في شراء دين أشير إليه، ثمَّ تبين أنَّه ليس][٢]، ولما كان الشِّراء بالدَّين يوجب مثله، كما لو أطلق، ولم يضف إلىٰ الدَّين، أوجب ثمنًا حالًّا، ثمَّ المقاصَّة بالدَّين؛ لأنَّ قصدهما من الشِّراء بالدَّين البراءة عن الدَّين لا ضمان مبتدأ.

ولَمَّا لم يمكن من حيث التَّعليق بعين[٣] الدَّين، وأمكن من حيث المقاصَّة فعل تحقيقًا للقصد بقدر الإمكان، ولا تثبت المقاصَّة إلا بأن تكون الأجرة معجَّلة، فثبت التَّعجيل أوّلًا، ثمَّ الصَّرف به ليجوز[٤].

كما إذا اشترىٰ شيئًا مكان الصَّرف بالأجرة صحَّ، فإنه يتعجَّل ويصير قصاصًا، حتَّىٰ إذا تناقصت الإجارة لزم المشتري أداء[٥] الأجرة للحال؛ لأنَّه استوفاها بالمقاصَّة للحال، ولو كان القصاص من حيث تأجيل الثَّمن إلىٰ حين وجوب الأجر لما وقعت البراءة للحال، ولما وجب علىٰ المؤاجر ردُّ الأجرة، بل كان يلزمه إبقاء[٦] الثَّمن مؤجَّلا.

بخلاف ما إذا كانت الأجرة نقرة بعينها؛ لأنَّها لم تملك بالعقد، وبقيت ملكا لصاحبها، والشِّراء مما يتعلّق بها[٧] أيضًا[٨]، وهي ملك صاحب السِّلعة،

---

[١] «ن» «ص» (علىٰ مال).
[٢] كذا، وما بين [ ] ليس في «ن».
[٣] «ص» (بغير).
[٤] «أ» (فيجوز).
[٥] «ص» (ردّ).
[٦] «ن» (إيفاء).
[٧] «أ» (به).
[٨] «ص» (والشراء بها يتعلق بعينها أيضا).

فلم تصحَّ الإضافة إليها.

وأبو يوسف يقول: التَّعجيل مقتضىٰ حكم العقد[١] ؛ لأنَّ من حكم[٢] العقد المطلق أن لا يجب[٣] البدل حالًا ، ثمَّ من حكم الإضافة إلىٰ الدَّين وجوب المقاصَّة ، ومن حكمها تعجيل[٤] المؤجَّل.

وإذا كان كذلك صار التَّعجيل[٥] بعد العقد؛ لأنَّه حكم حكمه ، وبدل الصَّرف لا يصير قصاصًا بدين يجب حكمًا بعد العقد.

ألا ترىٰ أنهما لو تصارفا دينارا بعشرة ، وقبض الدِّينار ، ثمَّ وجب له علىٰ بائع الدِّينار عشرة لمن بيع منه ، [من قرض إتلاف ، أو ثمن بيع منه][٦] لم يصر قصاصًا ببدل الصَّرف ، بخلاف الثَّمن ، فإنه يصير قصاصًا بدين[٧] وجب بعد العقد ، وإن كان وجب حكمًا.

❁ فإن قيل: يجب أن يقدِّم التَّعجيل علىٰ وجوب البدل ليصحَّ[٨] ، وإن كان يجب حكمًا لوجوب البدل حالا كما في قول الرجل لآخر: «أعتق عبدك عني علىٰ ألف درهم» فأعتقه ، قدِّم الشِّراء علىٰ العتق ليصحَّ ، وإن وجب بلفظ العتق.

---

[١] «ص» (حكم حكم العقد).

[٢] «ن» (ومن حكم).

[٣] «ص» (أن يجب).

[٤] «أ» (تعجل).

[٥] «أ» (التعجل).

[٦] «ن» (بقيام).

[٧] «ص» وحاشية «أ» (ببدل).

[٨] «أ» «ن» (فيصح)، والمثبت من «ص».

۞ قلنا: ملك العبد محلّ العتق عنه، لا حكمه، ولابدَّ[١] من سبق المحلِّ، فلذلك ثبت سابقًا[٢] مقتضىٰ بالأمر بالإعتاق عنه.

فأما المقاصَّة في مسألتنا فمقتضىٰ وجوب البدل حالًّا، لا مقتضىٰ الصَّرف، فلا يسبق الوجوب، كما لا يسبق الملك الأمر[٣] بالعتق؛ لأنَّه أوجب به. وإنَّما سبق قوله: «أعتقت» إلَّا أنَّه يقول: محلّ القصاص ببدل الصَّرف دين وجب قبل وجوب بدل الصَّرف، والإضافة إلىٰ الدين هي التي تقتضي القصاص والبراءة علىٰ ما مرَّ.

والقبول يقتضي الوجوب حالا، والقصاص يثبت[٤] الدَّين المؤجَّل في باب الصَّرف حالًّا قبل وجوب بدل الصَّرف، ليصلح محلًّا للقصاص.

كما اقتضىٰ الأمر بالعتق عنه بألف، الملكَ قبل العتق، والعتق يقع بقوله: «أعتقت»، فثبت به[٥] الملك أولا، ثمَّ العتق.

فإن قال قائل: ولم لا يجب البدل مؤجَّلا إذا أضيف إلىٰ بدل مؤجَّل؟

۞ قلنا: إنَّه إشكال علىٰ الإجماع[٦].

ثم الجواب أن الإضافة إلىٰ الدَّراهم في الذمَّة تقتضي مثلها، كما لو أضيفت إلىٰ غير الدَّراهم[٧]، والأجل ليس بوصف للدَّراهم، إنَّما الأجل تأخير المطالبة،

---

[١] «ص» (ولا بدل).

[٢] «أ» «ن» (شائعا)، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» (الأجر)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «ص» (فثبت).

[٥] «أ» (له).

[٦] «ص» (علىٰ الكل).

[٧] «ص» (دراهم عين).

ويعمل في الأداء.

ألا ترىٰ أن من اشترىٰ دارًا بثمن مؤجَّل، فطلب الشفيع، وأراد الأخذ للحال= لم يملك إلَّا بثمن حال، والأجل لا يثبت في حقِّه؛ لأنَّه ليس بوصف للثمن، وإنَّما جعل له أن يأخذ بمثل الثَّمن، والله أعلم.

[١٠٤٧] مسألةٌ: إذا آجر نفسه لعمل[١] في شيء هو فيه شريك لم ينعقد، ولو عمِل لم يستحقَّ أجرًا.

وكذلك إذا آجر دابَّته ليحمل طعامًا هو فيه شريك.

وقال الشَّافعي: يصح(٢).

لأنَّها تصحّ للعمل فيما لا شركة له فيه، فكذلك فيما له فيه شركة، كما لو آجر بيته من رجل لوضع طعام فيه مشترك، وسلَّم البيت إلىٰ المستأجر.

ولا فرق بينه وبين مسألة إكراء الدَّابَّة للحمل إلىٰ موضع كذا، فإن الأجر كما يجب بالتَّسليم من غير وضع الطَّعام، فكذلك الأجر يجب بتسليم الدَّابَّة إلىٰ ذلك [الموضع][٣] من غير حمل علىٰ الدَّابَّة، كما إذا آجر دابَّته للركُّوب إلىٰ موضع، فسار[٤] مع الدَّابَّة إليه، ولم يركب.

---

[١] «ص» (بعمل).

(٢) انظر: «المهذب» للشيرازي (١٥٨/٢)، و«بحر المذهب» للروياني (١٥/٦)، و«البيان» للعمراني (٣٧٠/٦).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٤] «أ» «ن» (صار)، والمثبت من «ص».

ولعلمائنا: أن الجزء الشَّائع الذي يحلُّه[١] حكم العقد لا يقبله، فتلغو الإضافة إليه.

كما[٢] إذا أضاف النِّكاح إلىٰ المحرمات؛ لأنَّهن لا يقبلن حكم العقد.

وكذلك البيع إذا أضيف إلىٰ حرٍّ لغا؛ لأنَّه لا يقبل حكمه[٣] من ملك المال.

وإنَّما قلنا: «الجزء الشَّائع لا يقبل حكم هذا العقد»؛ لأنَّ حكمه ملك العمل الذي سمَّاه من الحمل والطَّحن والخياطة، ونحوها، فيما[٤] سمَّاه من المال، والجزء الشَّائع لا يقبل العمل المسمَّىٰ؛ لأنَّه لا يتصوَّر حلوله في جزء شائع. فكذلك ثبوته حكمًا، كحلِّ الوطء لَمَّا لم يُتصوَّر فعله في جزء مشاع، فكذلك ثبوته حكمًا لا يُتصوَّر.

والشُّبهة عليه: أن حكم النِّكاح لا يثبت إلَّا في العين، فلذلك اعتبر العين محلًّا لقبوله، وحكم الإجارة ملك العمل المسمَّىٰ في ذمَّة الأجير، وإنها قابلة، والعين بعد ذلك تعتبر[٥] لتسليم العمل الواجب فيصحّ، وإن لم يكن التَّسليم إلَّا بجزء آخر لم يدخل تحت العقد، فإن الإجارة تصحُّ. ولا يمكن تسليم المنفعة إلَّا بتسليم العين الذي لم يدخل تحت العقد.

والوجه المعتمد[٦] أن المملوك بالعقد الذي يقابله الأجر[٧] جعلُ الثَّوب

[١] «أ» (يحمله)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٢] زاد في «ص» وحاشية «أ» (يلغو إضافة النكاح).
[٣] «ص» (لا يقبله حكم).
[٤] «ص» (كما).
[٥] «أ» «ن» (تغيير)، والمثبت من «ص».
[٦] «ص» زيادة (في المسألة وهو).
[٧] «أ» «ن» (الأجير)، والمثبت من «ص».

مخيطًا، والحنطة دقيقًا، والعين محمولًا إلىٰ ذلك الموضع، لا الخياطة المسمَّاة في الذمَّة.

ألا ترىٰ أن الأجر لا يجب ما لم يثبت الوصف، ويبطل إذا نقص الوصف فيما يحتمل نقصه[١] كالخياطة. وكذلك العامل يحبس العين بالأجر، إذا كان الوصف قائمًا، كالخياطة، والصباغة.

ولأن المقصود من العمل ما يحدث به، لا عينه، فصار المطلوب بالعقد ما يحدث به[٢]، وصار ذكر العمل تبعًا، كما قالوا في الاستصباغ: إن المقصود به العين المصبوغ، والثَّمن يقابله، والصباغة[٣] ذكرت تبعًا لتحصيله.

ولأنه كذلك سمَّاه فقال: «استأجرتك لتخيط ثوبي قميصًا»، وإذا كان كذلك صار محلُّ الحكم العين الذي أضيف إليه[٤] قابلًا لحكمه بنفسه، فلا ينعقد ما لم يكن المعقود عليه بنفسه قابلًا لحكمه، علىٰ ما بيَّنَّا في رهن المشاع.

فالخصم اعتبر الظَّاهر، وجعل المستحقَّ بالعقد ما سمِّي[٥] من العمل في الذمَّة.

ونحن اعتبرنا الحقيقة فجعلنا المستحَقَّ بالعقد العمل الذي يحلّ بالثَّوب[٦]، وإنه الحقيقة؛ لأنَّ المسمَّىٰ لا فائدة [فيه][٧] بنفسه، وإنَّما الفائدة في المؤدىٰ

---

[١] «أ» «ن» (بعضه)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» زيادة (لا نفسه).

[٣] «ص» (الاستصناع... المصنوع... والصناعة).

[٤] «ص» (إليه العقد لا الذمة).

[٥] «ن» (يسمىٰ).

[٦] «أ» «ن» (محل الثوب)، والمثبت من «ص». في «أ» (نحل الثوب)

[٧] ما بين [ ] ليس «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

به، ولا يتصوَّر إلَّا بأنَّ يصير الثَّوب مخيطًا أو مصبوغًا، ولأن المؤدَّىٰ من العمل إما أن يكون عين المملوك بالعقد، أو مثله.

ولا جائز أن يكون مثله، بدليل: أن الأجير يبرأ به عن الواجب، وما يبرأ من طريق المقاصَّة كما في الأثمان؛ لأنَّ المنافع لا تضمن بالمنافع بالإجماع، فثبت أنَّه يبرأ لأنَّه أدىٰ عين الواجب، كما في السَّلم إذا قبض يصير المقبوض عين المبيع، لا مثله علىٰ ما عرف.

❁ فإن قيل: قولنا «مخيط» صفة للثوب، فكيف يقابل الأجر، والأوصاف أتباع لا تقوم بنفسها.

❁ قلنا: إنَّه وصف يحصل قصدًا من جهة العامل، فلما أمكن تحصيله وتسليمه إلىٰ الثَّوب صحَّ العقد عليه.

وإنه بمنزلة النِّكاح يرد علىٰ المرأة لتمليك وصف منها للرجل، وهو أن تصير حلال التمتع بها بملكٍ لم يثبت في أجزائها، ولا منافعها، ولم يظهر إلَّا في حَقّ هذا الوصف، ولكن لَمَّا صحَّ إثباته شرعًا صحَّ العقد عليه[١]، وإيجاب البدل بإزائه[٢].

وهذا بخلاف ما إذا آجر بيتًا ليضع فيه طعاما مشتركا؛ لأنَّ الأجرة ههنا تقابل منافع الإيواء في البيت، وهي قابلة لذلك، فأمَّا أن يكون[٣] طعامًا للمستأجر فليس بشرط، فإنَّ الأجر يجب قبل الإيواء بالتَّسليم، وبوضع طعام آخر غير الذي

---

[١] «أ» (عليها).

[٢] «أ» (بإزائها).

[٣] في حاشية «أ» (يؤدي). «ص» (أن توفىٰ).

سمَّاه، فدلَّ أنَّه لا اتِّصال للمنافع الذي يقابلها الأجر بالطَّعام، وبأن يصير مؤدًّى[١].

فأما في مسألة الحمل، فمتىٰ حمل الأجير طعامًا آخر لم يجب شيء، فعلم أن الإجارة لم تقع علىٰ منافع الدَّابَّة مستوفاة[٢] للحمل مطلقًا، بل علىٰ أن يصير الطَّعام محمولًا إلىٰ ذلك المكان، فلما لم يجب الأجر إلَّا باتِّصال صفة الحمل بالطَّعام عُلم أن الأجر إنَّما يقابل صيرورته محمولًا، والجزء الشَّائع لا يقبل هذا الوصف كالخياطة سواء، ولما ثبت أن العقد لا ينعقد لعدم محلِّه لم يجب به الأجر وإن استوفي، كما لا يجب ببيع الحر[٣] ضمان العقد، والله أعلم.

[١٠٤٨] **مسألةٌ**: إجارة المشاع فاسدة عند أبي حنيفة، حتَّىٰ إذا سكنها المستأجر لزمه أجر المثل.

وقال صاحباه: جائزة.

لأن الإجارة بيع المنفعة، فلا تبطل بالشُّيوع؛ قياسًا علىٰ بيع جزء من العين الشَّائع.

ولأنه لو آجر من رجلين صحَّ، وكل واحد [منهما][٤] لا يملك إلَّا النِّصف شائعا، ولو مات أحدهما بقي نصيب الحي صحيحًا في النِّصف شائعًا.

والأصل في باب الإجارة أن ما قارن فاسدًا فسد، كذلك إذا طرأ؛ لأنَّها

[١] «ص» (ولا بأن يصير مؤديا).

[٢] «أ» «ن» (مستوفىٰ)، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (الجزء).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

تتجدد كلَّ ساعة علىٰ ما مرَّ، فيصير الطارئ مقارنًا في المعنىٰ.

ألا ترىٰ أن انهدام البناء طارئا، والعيب[١] مفسد كالمقارن. وكذلك إذا نزت الإرث. وكذلك إذا آجر النِّصف من الشريك صح. ولو كان الشُّيوع مفسدا لكان الشريك وغيره سواء كما في الرَّهن والهبة.

ولأبي حنيفة: لأنَّ[٢] الجزء الشَّائع غير ممكن الانتفاع به وحده، فلا يصحّ إجارته؛ قياسًا علىٰ إجارة العبد الآبق، والدَّابَّة[٣] المغصوبة. وهذا؛ لأنَّه[٤] بيعٌ، وبيعُ ما لا يمكن تسليمه فاسد.

وإنَّما قلنا: «لا يمكن الانتفاع به وحده»؛ لأنَّ السكنىٰ[٥] لا تُتصوَّر في جزء شائع، وإنَّما تحل جزءًا[٦] عينًا، وكذلك سائر الانتفاعات من المنتفع بها؛ إلَّا أنَّه إذا سكن لزمه أجر المثل؛ لأنَّ للجزء الشَّائع منفعة، والفساد للعجز عن التَّسليم، فلا يمنع الانعقاد[٧].

كما إذا باع عبدا آبقًا بألف درهم، فإن العقد ينعقد علىٰ الفساد حتَّىٰ إذا قبض الألف ملكها بحكم العقد الفاسد مضمونًا بمثلها.

بخلاف بيع نصف الدَّار؛ لأنَّ تسليم النِّصف ممكن[٨] بالتخلية به من غير

---

[١] «ص» (والغصب).

[٢] «أ» (أن).

[٣] «ص» (والدار).

[٤] «ص» (لأن الإجارة).

[٥] «ص» وحاشية «أ» زيادة (من الساكن).

[٦] «ص» (وإنما تتصور علىٰ جزء).

[٧] «ص» زيادة (علىٰ الفساد).

[٨] «ص» (لأن النصف ممكن قبضه).

تعدِّي حكم قبضه إلىٰ النِّصف الآخر، حتَّىٰ يصير النِّصف المشترىٰ في حكم قبضه، ويبرأ[١] البائع عن ضمان التَّسليم، ولا يصير النِّصف في حكم قبضه، حتَّىٰ لا يضمن للآخر شيئًا، وإن كانت التخلية بغير إذن الآخر.

وأما المنفعة نفسها، فلا يمكن قبضها إلَّا بالاستيفاء، ولا يتصوَّر شائعًا، والتخلِّي في باب الإجارة ليس بقبض للمنفعة، لكن بسبب عجز المؤاجر عن أبلغ من هذا يقام مقام القبض، وإذا كان كذلك كان الأمر مبنيًّا علىٰ الحقيقة، لا علىٰ المجوَّز منه بسبب العجز.

ولا يلزم إذا آجر من رجلين؛ لأنَّ العقد منه ورد علىٰ جملة الدَّار، ولا شيوع فيها، [والشُّيوع][٢] إنَّما ثبت في حَقّ ما بينهما بتفرِّق الملكين بينهما، والعجز لو ثبت لثبت بذلك الشُّيوع، وإنَّها ترتفع[٣] بالقسمة مكانًا أو زمانًا، فلم يتحقق العجز.

وكذلك إذا مات أحدهما، وعاد الملك إلىٰ المؤاجر أمكن الانتفاع بالقسمة؛ فإن تفرق الملكين [والازدحام ثابت][٤].

فأما في مسألتنا هذه فالمحتاج إليه إثبات الملك للمستأجر في نصفٍ شائعٍ أوَّلًا، حتَّىٰ تمكن[٥] القسمة بعد ذلك. والنِّصف الشَّائع الذي دخل تحت عقد المؤاجر وإيجابه ممَّا لا يمكن الانتفاع به وحده إلَّا بعد القسمة، والقسمة لا تجب

---

[١] «أ» (وبرئ).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (وإنه مما يرتفع).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٥] «ص» (تبنىٰ عليه).

إلَّا بعد الملك ، والملك لا يجب إلَّا بعد الصحَّة ، ولا صحَّة إلَّا بعد التَّمكن من الانتفاع بما آجره .

دل عليه: أن العقد ورد جملةً في إجارة الدَّار من رجلين ، فلو بطل لبطل بشيوعٍ[١] يثبت في حَقِّ المستأجرين ، وعجزٍ عن الاستيفاء ، من قِبلهما ، فلم يثبت ؛ لأنَّه يرتفع بالقسمة . فتفرُّق ملكيهما كما أوجب الشُّيوعَ أوجب القسمةَ ، وبالشُّيوع يثبت العجز ، وبالقسمة يرتفع ، فلم يثبت العجز لَمَّا قارنه ما يرفعه .

وفي مسألتنا هذه: العقد بعينه ورد علىٰ شائعٍ لا يمكن الانتفاع به ، وفيه عجزٌ من قبل المؤاجر عن تسليم المنفعة ، وإنَّما يرتفع بقسمةٍ تثبت مع المستأجر ، وذلك يثبت بناءً علىٰ ثبوت ملكه في الشَّائع ، وإنَّما يثبت[٢] بقبولٍ بعد إيجابه ـ لو ثبت ـ ، فلم يمنع تحقُّق العجز علىٰ المؤاجر ، ففسد[٣] إيجابه .

وبخلاف ما إذا آجر نصف الدَّار من شريكه ؛ لأنَّ الشُّيوع في ملك المنفعة[٤] يرتفع بصحَّة الإيجاب ، فلا يبقىٰ العجزُ المفسدُ ؛ لأنَّ التَّسليم يجب بالعقد ، والعجز عنه هو المفسد ، فإذا كان سبب العجز يرتفع بنفس العقد ـ وهو الشُّيوع ـ كان المانع من ثبوته مقارنًا حال ثبوته ، فلا يثبت .

وفي مسألتنا هذه: العجز بسبب[٥] الشُّيوع ، ولا[٦] يرتفع بنفس ثبوت

[١] «أ» (شيوع) ، «ص» (لشيوع) ، والمثبت من «ن» .
[٢] «ن» (ثبت) .
[٣] «أ» (فيفسد) ، والمثبت من «ن» و«ص» .
[٤] «ص» (البقعة) .
[٥] «أ» (بنفس) ، والمثبت من «ن» و«ص» .
[٦] «أ» (لا) .

الملك له ـ لو ثبت ـ، ولكن بحكم الملك، وهو وجوب القسمة، فكان الرافع بعده شياعة[١]، فلم يمنع تحقيقه.

وليست الإجارة كالهبة؛ لأنَّ سبب الفساد فيها بالشُّيوع انعدامُ تمامِ القبض الذي أُنزل منزلة القبول في تعلُّق الملك به، وإنَّما يعتدُّ[٢] بعد التَّمام فيما وهب، لا فيما لم يوهب[٣]، والشُّيوع إنَّما ارتفع بما[٤] لم يوهب[٥] بأن يصير الكلُّ له، لا بما وهب[٦]، فبقي القبض ناقصًا فيما وهب، فلم يعمل عمل التَّمام.

وكذلك إذا وهب لرجلين، وسلَّم إليهما، لم يصحّ على مذهب أبي حنيفة؛ لأنَّ القبض أو التَّسليم لا يتمُّ إلَّا بجانب الموهوب له، فيمكن الشُّيوع في حقِّهما بمنع التَّمام منهما، أو إليهما، فبقيت العلَّة قاصرة.

فأمَّا فيما نحن فيه، فبيعٌ، والملك يقع بنفس العقد، لا بالقبض، كما في بيع العين، ولكنَّ القدرة على التَّسليم شرطٌ حين العقد لصحَّته، والعجز كان بسبب الشُّيوع، فمتى صار بحيث يرتفع الشُّيوع حين وجوب التَّسليم بسببٍ يقارن[٧] الوجوب لم يُعتبر ذلك العجز؛ لأنَّ العجز قبل الوجود غير مفسدٍ لا شكَّ فيه، وحين الوجوب قارنه ما يرفعه، فلا يبقى ثابتًا حينئذٍ، فيصير كالقارن[٨] للحال.

---

[١] «أ» (بساعة)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] في حاشية «أ» (يعتبر). «ص» (يعتبر هذا التمام).

[٣] «ص» (يهب).

[٤] «أ» «ن» (لما)، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (يهب).

[٦] تكررت كلمة: (وهب) في «أ». وفي «ص» (عما وهب).

[٧] «ص» (يفارق).

[٨] «ص» (كالقادر).

فكلام أبي حنيفة - رحمه الله - أدقُّ، وكلامهما أظهر.

لأن أصل المنفعة قائمةٌ مع الشُّيوع حين[1] انعقد العقد، ووجَب بالاستيفاء أجر المثل، ولو كانت فائتةً أصلًا لَمَا انعقد أصلًا، كالإجارة على منافع الرَّضيع، والتَّسليم ممكنٌ بالتخلية، والانتفاع ممكنٌ بالقسمة، والله أعلم.

|١٠٤٩| **مسألةٌ**: الأجير إذا فرغ من العمل، وله أثر في العين كالخيَّاط والإسكاف، [ونحوهما][2] كان له أن يحبس العين بالأجرة عند علمائنا الثلاثة.

وقال زفر: ليس له ذلك.

لأنَّ يده في العين يد مالكه؛ لأنَّه[3] أمينٌ بمنزلة المودع، وإذا صار بمنزلة يد المالك وقع العمل مسلَّما، فلم يقدر على الحبس، كما لو خاط وهو في بيت صاحب الثَّوب، أو باع شيئًا من الغاصب.

ولنا: أنَّه بائع عمله جملة، فله أن يحبسه بثمنه ما أمكنه؛ قياسًا على بائع العين.

وأما قوله: «إنه بطل بالتَّسليم» فليس بقويٍّ؛ لأنَّ يده في الثَّوب يد الآمر حفظًا عليه، ولكنها يد نفسه عملًا فيه؛ لأنَّ العقد ورد على العمل، وهو معدوم، فكان التحصيل ليتم العقد عليه على البائع[4]؛ لأنَّه ما لم يكن فهو غير خارج عن

[1] «ص» (حتى).
[2] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[3] «ص» (لأن الأجير).
[4] «ص» (ليتم على البائع).

ملكه[١]، ولما كان عاملًا لنفسه كان إثباتُ اليد عليه لنفسه[٢]، فلا يصير نائبًا عن غيره.

وكان كيد المستعير، فالعارية أمانة عنده، ويده يد نفسه؛ لأنَّه يستوفي المنفعة لنفسه، وإذا كان اليد له لم يقع العمل مسلًّما باليد المؤاجر[٣].

بخلاف ما لو كان في بيت صاحب الثَّوب؛ لأنَّ البيت في يد صاحبه، فكذلك ما فيه إلَّا ما لا تثبت عليه الأيدي فيصير مسلَّمًا للعمل لا بيده على الثَّوب، ولكن بيد صاحب البيت [على ما في بيته، ويده حال العمل لا تمنع ظهورية صاحب البيت][٤] بعد الفراغ؛ لأنَّا أثبتنا اليد للعامل ضرورةَ عمله، لا بيدٍ أثبتها لنفسه على الثَّوب. فيظهر حكم اليد في حَقِّ العمل بقدر الضَّرورة؛ فلا يقع مسلّمًا، فأمَّا أن يظهر في حَقِّ المنع عن[٥] الحصول في يد صاحب الثَّوب بثبوت يده على البيت وما فيه= فلا.

❁ فإن قيل: فكذلك لا يمنعُ ظهورَ حكم اليد على الثَّوب.

۞ قلنا: يد الحفظ ما ثبتت مقصودة، فإنه لم يقل له: «احفظه»[٦]، وإنما[٧] سلَّم إليه ليخيطه[٨]، فأمَّا أن يظهر في حَقّ العمل فلا، أو إن ظهر يصير كبائع

[١] «ص» وحاشية «أ» (ما لم يحصله (يحصل) غيرُ خارج).

[٢] «ص» (بعمل نفسه).

[٣] «ص» (الموجودة).

[٤] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

[٥] «ن» (من). «ص» (المبيع من).

[٦] «ن» (احفظ).

[٧] «أ» «ن» (وإنه)، والمثبت من «ص».

[٨] زاد في «ص» وحاشية «أ» (ولكن ثبت أنه لا يمكنه الخياطة إلا بعد حفظ العين فلا يظهر حكم=

قُبضت منه السِّلعة بغير رضاه ؛ لأنَّه ليس في وسعه الاحتراز عن هذا.

وكان بمنزلة الوكيل بالشِّراء إذا قبض ونقد الثَّمن كان له أن يحبس السِّلعة عن الموكِّل بالثَّمن ، وإن وقع[١] مسلَّمًا بيد الوكالة ؛ لأنَّه بحق القبض قابضٌ لنفسه ؛ لأنَّه حَقّ عقد ملكه[٢] ، لا علىٰ سبيل النِّيابة ، ويده في المقبول يد مالكه كما يقبض يصير مسلِّمًا بيده علىٰ العين ، ولا يمكنه الاحتراز عنه.

فصار بمنزلة بائعٍ قبضت منه السِّلعة بغير رضاه عندنا.

وزفر يخالفنا فيه[٣] ، فكذلك ههنا.

بخلاف العامل في بيت صاحبه ، لأنَّه يمكنه الاحتراز عن يد صاحب البيت بأنْ يعمل في بيت نفسه ، فأمَّا عن يد نفسه في الثَّوب= فلا.

ومثال هذا مثال ربُّ السَّلم[٤] إذا دفع غرائرَ له إلىٰ المسلم إليه ليكيل فيها المسلم فيه[٥] ، فكال[٦] = لم يصر مسلِمًا ؛ لأنَّه بالكيل يعيِّن المعقود عليه[٧] ؛ لأنَّه لا يتعيَّن إلَّا بالتَّسليم إلىٰ صاحبه ، وذلك المعيَّن[٨] هو المعقود عليه حكمًا.

= يد الحفظ إلا في حق عين الثوب بأنْ لا يكون مضمونا عليه).

[١] «ص» (دفع).

[٢] «ص» (عقده فملكه).

[٣] «أ» (وعند زفر يخالفه فيه) ، «ن» (وزفر يخالفه). «ص» (وزفر يخالفنا فيه).

[٤] «ص» (ومسألة رب السَّلم).

[٥] «أ» «ن» (السلم له) ، والمثبت من «ص».

[٦] «أ» (فكاله له).

[٧] «ص» (لم يصر مسلما إليه بالكيل بعين المعقود عليه). وفي حاشية «أ» زيادة (ويحصله عينا). وفي «ص» (وتحصيله دينا).

[٨] «أ» «ن» (العين) ، والمثبت من «ص».

فلما كان بالتَّعيين محصِّلا للمعقود عليه كان عاملًا لنفسه، ولم يكن نائبًا عن الآمر، فلم يصر الكيل تسليمًا لَمَّا لم يكن نائبًا عنه، كما لو كان بغير أمره، والغرائر لا يد لها بنفسها، وهي[١] في يد المأمور لتحصيل المعقود عليه لم تكن يد نيابةٍ، بل كان يد نفسه، فلم يثبت التَّسليم.

فكذلك في مسألتنا هذه ما ينبغي أن يثبت التَّسليم بنفس العمل بيده على الثَّوب بأمر صاحبه.

بخلاف ما إذا اشترى حنطة بعينها، ودفع إليه غرائره ليكيل فيها، فإنه يكون تسليمًا، لأنَّ يده في الغرائر يدُ نيابة؛ لأنَّه قبضها بأمره ليعمل[٢] هو للآمر، وهو نقل حنطةٍ ملَكها الآمر إلى تلك الغرائر، وإذا كان كذلك صار بمنزلة ما لو كانت الغرائر في يد الآمر.

ولا يشكل هذا بالقصَّار؛ فإنه لا يحبس الثَّوب بالأجر؛ لأنَّ العمل انقضى[٣]، ولم يبق في الثَّوب منه شيءٌ، فإنَّ البياض الذي في الثَّوب هو البياض الأصلي الذي للقطن، وإنَّما زال بعمله[٤] الذي غيَّر لونَه من الوسخ والدَّرَن، والبياض حصل بعمل الشمس، لا بعمل القصارة.

فأمَّا الخيَّاط والخرَّاز ركَّب وصفًا [في الثَّوب][٥]، والوصف لم يكن قبل عمله، فكان ذلك في الحقيقة من خياطته[٦]. وما حصل للمستأجر إلَّا بما أعطى

[١] «أ» «ن» (وهو)، والمثبت من «ص».
[٢] «ص» (بعمل).
[٣] «ص» (تبييض).
[٤] «ص» (بعمل العارض).
[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص».
[٦] «ص» (منفعة خياطته).

من الأجر، فكان له حبسه؛ لأنَّه وصفٌ قائمٌ متقوِّمٌ بنفسه، والله أعلم.

|١٠٥٠| مسألةٌ: الأجير المشترك[١] إذا دقَّ دقَّ مثلِه فتخرَّق الثَّوب منه ضمن عندنا.

وقال زفر والشَّافعي: لا يضمن(٢).

وكذلك الحمَّال إذا عثر، فسقط، وفسد الحمل= لم يضمن عندهما.

وعندنا: يضمن.

ويستوي الجواب فيما إذا عمل في بيت صاحب الثَّوب، أو بيت نفسه.

وجه قولهما ظاهر، وهو أنَّه مأذونٌ بالدّق مطلقًا، فما تولد منه وجب أن لا يكون مضمونًا عليه[٣]، كالبزَّاغ(٤) والختَّان والفصَّاد والحجَّام إذا مات المفعول به من ذلك، وكان فعَل مثلَ ما يكون في العادة، وأجير الوحد(٥) والمعين وأجير القصَّار.

[١] «ص» (المشترك للدقِّ).

(٢) للشافعي فيه قولان بالتضمين وعدمه. وبعدم التضمين قال المزني. وانظر: «الأم للشافعي» (١٨٨/٦)، و«الحاوي الكبير» (٥٠١/٦)، و«المهذب» للشيرازي (٢٦٧/٢).

[٣] في حاشية «أ» (كالمعين إذا دق وكأجير الوحد، وعندي يجب الأجر لهما جميعا أعني به العمل والتسليم وأجير القصار إذا دق فإنه إذا تخرق من دقّه لا يكون عليه ضمان بلا خلاف وإنما القصار يضمن عندكم وقياسا على البزاغ والختان.. إلخ).

(٤) البزَّاغ للدوابِّ: هو الذي يسيِّل دماءها، يقال بَزَغ البيطار الدابة إذا شقها بالمبزاغ، وهو مثل مشرط الحجام. انظر: «البناية شرح الهداية (٣١٨/١٠)، و«طلبة الطلبة» (ص: ١٦٧)، و«المطلع على ألفاظ المقنع» (ص: ٣٢٠).

(٥) أجير الوَحد: هو الأجير الخاص الذي يعْمل للشخص وَحده دون غَيْره. انظر: «النتف في الفتاوى» للسغدي (٥٦١/٢)، و«طلبة الطلبة» (ص: ١٢٥).

وإنَّما قلنا: «مأذون بدقٍّ مطلق» ؛ لأنَّه استأجره ليدقَّ هذا الثَّوب، كما في أجير الوحد والمعين، فإن الأمر واحد في الأحوال [كلِّها][١] كما في البزَّاغ، والتَّقييد بشرط السَّلامة عن الفساد لا يثبت إلَّا بدليلٍ زائدٍ.

ولا معنى لقولكم: «إن المراد به دقٌّ يصلحُه، لا يفسدُه» ؛ فإنه يبطل بالمعين، وأجير القصار.

وذلك ؛ لأنَّ المطلوب بالأمر دقٌّ وُضع للصلاح، وذلك معلوم بحدِّه كالختَّان، فإذا أرسلَ المدقَّة على ذلك الحدِّ في موضع هي له، فقد أتى بالمطلوب منه، فأمَّا صلاحُ الثَّوب بعد ذلك[٢] وتخرّقُه فليس في وُسع العامل، ولا هو من عمله، فلا يشترط عليه ذلك، وإنَّما يشترط نفس[٣] العمل[٤]، فيعتبر العمل بقدر الوسع، وما زاد عليه لا يعتبر.

وهذا كالمجتهد في باب الدِّين، فإنه يكون مأجورًا عند الله إذا اجتهد في محلِّه بطريقه: أصاب[٥] الحق، أو أخطأ ؛ لأنَّ عليه الاجتهاد، لا الإصابة[٦]، فأمَّا الإصابة بعد ذلك فليس في وُسعه.

ولهذا[٧] قال أبو يوسف ومحمد[٨]: فيمن له على آخر قصاصٌ في اليد،

---

[١] ما بين [ ] ليس في «ن». وفي «ص» (الأصول كلها).

[٢] «أ» «ن» (بعده)، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (تعيين).

[٤] في «ص» وحاشية «أ» زيادة (على وجه وضع للصلاح وفي وسعه ذلك، وكذلك الحمَّال يشترط حمل شيء، ومشي على وجه الصلاح، لا على وجه لا يعثر فيه، ولا تزلق رجله، ولا تعثر).

[٥] في «أ» (أصاب) مكررة.

[٦] «أ» «ن» (عليه النظر للإصابة)، والمثبت من «ص».

[٧] في حاشية «أ» (مسألة).

[٨] «ص» زيادة (وقلنا).

فقطع فمات منه= لم يضمن شيئًا ؛ لأنَّ الله تعالىٰ جعل ملكه قطعَ يدِه بيدِه ، والقطعُ له حدٌّ معلوم ، فإذا أتىٰ به صار ممتثلًا بالأمر ، ثمَّ السِّراية بعد ذلك وعدمها فليس بمأخوذ عليه ، بل في الحالين جميعا يصير فاعلًا ما أمر [به][١] ، وجعل له استيفاؤه ، فلا يكون مضمونًا عليه بشيء آخر ، كابتدائه ـ لو اقتصر عليه ـ[٢] .

وعلىٰ هذا إذا استأجر دابَّة ليركبها ، فكبحها بلجامه ، أو سيَّرها بسوطه علىٰ ما يكون في العرف تسييرًا فماتت[٣] منه = لم يضمن عندنا .

لأنَّ ذلك القدر مأذونٌ فيه بدلالة العرف ، وبموجب العقد ، لأنَّ العمل[٤] لا يكون إلَّا بتسييرٍ ، والتَّسيير[٥] جرىٰ مجرىٰ قبض العمل الذي ملكه بالعقد ، فكان له ذلك ، فلا يضمن ما تولَّد منه ، كما لو ضرب بإذن صاحب الدَّابَّة بالضرب مطلقًا .

وكذلك الأب إذا ضرب ابنه ، أو الوصي ضرب [اليتيم][٦] تأديبًا= فمات منه لم يضمن عندنا .

خلافًا لأبي حنيفة ، والشَّافعي(٧) .

لأنَّ الشَّرع أذِن له في ذلك ، كما أمر الشَّرع الإمام بجلد الزَّاني وقطع السارق

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» .
[٢] «أ» «ن» (فيصير عليه) ، والمثبت من «ص» .
[٣] «ن» ، «أ» (فمات) .
[٤] «ص» (الحمل) .
[٥] «أ» (فالتسيير) .
[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» .
(٧) انظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» (٤/٤٦٨) ، و«نهاية المطلب في دراية المذهب» (٨/١٧٣) ، و«الغاية في اختصار النهاية» (٧/١٣٩) .

مؤلِمًا، لا قاتلًا، ولا جارحًا. ومع ذلك إذا فعل فمات من ذلك لم يضمن الإمام إذا أتىٰ به علىٰ حدِّه؛ لأنَّ السَّلامة عن التَّلف بعد الإيقاع[١] علىٰ حدِّه ليس في وُسعه، فلم يُشترط عليه.

وأبو يوسف ومحمد معنا في هذه المسائل.

وعلىٰ هذا من جلس في المسجد لانتظار الصلاة، فعثر به إنسان، فمات= لم يضمن؛ لأنَّ الجلوس في المسجد لانتظار الصلاة سنَّة أُمرنا بها، فلم يقيَّد بشرط السَّلامة، بل كان جلوسًا في نفسه مباحًا كالجلوس في بيته، فما تولَّد منه لا يكون مضمونًا عليه، وكما لو كان في الصلاة.

وكذلك إذا بسَط حصيرًا في المسجد، أو علَّق القنديل فسقط علىٰ إنسان، فأتلفه= لم يضمن؛ لأنَّ هذا العمل من جملة الحسنات، فكان مأذونًا به[٢] شرعًا، فصار فعله كفعل المتولي، فما تولَّد منه لم يكن مضمونًا عليه.

بخلاف حفر البئر؛ لأنَّه متردِّد بين الحسنة[٣]، وبين الجناية؛ لإخراج ذلك الموضع عن صُلوحه للصلاة فيه، فلا تتعيَّن جهة الحسنة إلَّا بتولية شرعية، فأمَّا إذا بسَط الحصير، فعينه حسنة[٤].

ككسر الملاهي لا ضمان فيها؛ لأنَّ عينه حسنة، فإنها آلة ما أصلحت إلَّا للَّهو، واللَّهو حرام بعينه، فكانت تلك الآلة في تعيُّنها للَّهو بالعمل كتعيُّن الخمر

---

[١] «أ» «ن» (لأنَّ السَّلامة بعد التَّألم بعد الإيقاع)، والمثبت من «ص»، وحاشية «أ».

[٢] «ن» (بها).

[٣] ضبطت هذه الكلمة ـ في «ص» ـ في هذا الموضع وما بعده بالباء (حسبة).

[٤] في حاشية «أ» (لا أن يكون حسبة بالتعيين والقصد وعين الحسبة إما مأذون فيها كل عبد وعلىٰ هذا).

بالفساد للشدة.

وكذلك المحْرِم إذا كان في يده صيدٌ فجاء آخر وأرسله من يده، فذهب الصَّيد= لم يضمن [المرسل][١] للمحْرِم شيئًا؛ لأنَّ عينه حسنة؛ لأنَّ الصَّيد بالإحرام يصير آمنًا من[٢] أيدينا، حتَّى يصير بحيث لا يصلح أمانةً في أيدينا بحالٍ[٣] على ما بيَّنَّا في المناسك، فصارت يده على محلٍّ لا تقبل يد[٤] معصية بعينها، كالوطء في محلٍّ لا يقبل[٥]، فإنه لا يأخذ حكم العقد، فكانت إزالة اليد عنه حسنة؛ لأنَّه يرفع معصية بعينها، فكان مأذونًا فيه.

فما تولَّد من ذلك من ذهاب الصَّيد[٦] لم يكن مضمونًا عليه، كما لو قال له صاحبه: «أزل يدي عن هذا الصَّيد» فأزالها ـ فذهب الصَّيد، وكذلك[٧] إنجاء[٨] الصَّيد عن يده حسنة لعينه؛ لأنَّ الصَّيد استحقَّ الأمان عن يده بإيجاب الله له ذلك.

ولهذا قلنا جميعا ـ إلَّا أبو حنيفة ـ في شهود الزِّنا إذا رجعوا بعد القضاء[٩]، وقد جَرحت السِّياط المشهود عليه= إنهم يضمنون أرش الجراحة؛ لأنَّهم أوجبوا الجلد على صفة، فإذا وقع بتلك الصِّفة صار مضافا إليهم بالزِّيادة

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٢] «ن» «ص» (عن).

[٣] في حاشية «أ» (عن وجه يثبت اليد لنا).

[٤] «ص» (لا تقبل يده).

[٥] «ص» وحاشية «أ» زيادة (والنكاح في محل لا يقبله).

[٦] «أ» «ن» (من هلاك الصيد يدا)، والمثبت من «ص».

[٧] «أ» (فلذلك)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٨] «أ» (إيجابه)، والمثبت من «ن».

[٩] في «ص» وحاشية «أ» زيادة (والإمضاء).

التي يتعذَّر الاحتراز عنها في العادة، كأنَّ الزِّيادة دخلت تحت الإيجاب، كما دخلت تحت الإذن فيما مضىٰ من المسائل.

وكالإمام [نفسه][١] إذا جلد، فجرح= لم يكن عليه شيء، وإن كان الحدُّ وجب جزاءً بجنايته، وهو موصوف بأنَّه غير جارح، ولا قاتل[٢].

وهذا بخلاف من رمىٰ صيدًا فأصاب مسلمًا ضمن، وإن أبيحت له الرَّمية؛ لأنَّها أبيحت له بشرط السَّلامة عن التعدي إلىٰ المسلم أو ماله؛ لأنَّ الشَّرع أباح له لحقه ابتداءً، فلا يُبطِل حقُّه حَقّ مسلم آخر[٣].

وكذلك من وقف علىٰ طريق ليصلح بين متقاتلين ضمِن مَن عثر به؛ لأنَّه أبيح له ذلك[٤] لحق المقاتلين، ودفع الظلم عن المظلوم[٥]، فلا يبطل حقُّه حَقَّ مَن يساويه.

وفيما نحن فيه أبيح قطعُ مَن عليه القصاص بجنايته التي ارتكبها، فلم يجب مقيَّدًا بسلامة لحقِّه، فهو الذي أسقط حقَّه.

ولأنَّا لو قيَّدنا بالسَّلامة أبطلنا حَقّ المقطوعةِ يدُه في يده؛ لأنَّه شرطٌ لا يمكنه الوفاء به، فلم يجز أن يُبطَل حَقّ المظلوم بحقِّ الظالم، بل كان إبطال حَقّ الظالم أولىٰ.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «ن». «ص» (في نفسه).

[٢] زاد في «ص» وحاشية «أ» (قالوا).

[٣] في «ص» وحاشية «أ» زيادة (فقيد بقيد السلامة).

[٤] «ص» زيادة (أو أمر به).

[٥] «ص» زيادة (أو نصرته).

وكذلك في سائر المسائل: ما في الإطلاق بطلان حَقٍّ للغير محترمٍ بحقِّ هذا.

ولا معنىٰ لقولكم في البزَّاغ: إن القتل[١] كان مضمونًا عليه بسرايته، ولكن انقطع بالتَّسليم، كالبائع يقطع يد العبد ثمَّ يقبضه المشتري، فإن حكم السِّراية ينقطع؛ لأنَّ الجواب[٢] في البزَّاغ واحد فيما إذا كانت الدَّابَّة في يدي صاحبها، أو البزَّاغ، ولا نسلِّم إذا كانت الدَّابَّة في يد البزَّاغ.

وكذلك القصَّار إذا دقَّ في بيت صاحب الثَّوب فتخرَّق كان مضمونًا عليه، والعمل يقع مسلَّمًا.

ولأن التَّسليم متىٰ لم يقع قصدا، ولكن حكمًا لغيره= لم يقطع ضمان السِّراية، كالبائع يقطع يد العبد[٣] قبل القبض، ثمَّ يقطع المشتري رجله، ثمَّ يموت من الجنايتين جميعا، فإن ما يهلك بسراية جناية البائع يكون مضمونًا عليه بالقيمة ـ وإن حدثت بعد القبض ـ، ولم ينفسخ العقد فيه. بخلاف ما قبله؛ لأنَّ القبض لم يثبت قصدا، ولكن حكمًا لقطع المشتري، علىٰ ما بيَّنَّا من الفرق في البيوع.

ولا معنىٰ لقولكم: «إن العمل من الأجير المشترك مضمونٌ بالأجر، كالمبيع مضمونٌ بالثَّمن؛ فما تولد منه يكون مضمونًا عليه»؛ لأنَّ ضمان العمل مشروع[٤]،

---

[١] «ص» وحاشية «أ» (العمل).

[٢] «ص» وحاشية «أ» (وذلك لأن). وفي «ص» (وذلك لأن الجواب في الختان والبزاغ واحد...).

[٣] في «ص» وحاشية «أ» زيادة (المبيع).

[٤] في حاشية «أ» زيادة (ضمان عقد وشرط والضمان الثاني تعدٍّ وهما غيران فإن أحدهما ثبت بتسبب مشروع). وفي «ص» (ضمان عقد وشرط والضمان الثاني الذي وقع فيه الاختلاف ضمان التعدي).

والآخر سببٌ محظورٌ ، فلا يجوز أن يثبت بالسِّراية ضمان التعدي ، وأصل العمل مضمونٌ بالعقد ؛ لأنَّ السِّراية تبع للابتداء[١] ، فلا يخالف حكمَ أصله.

ولا تلزم عليه مسألة[٢] قطع البائع يد العبد قبل القبض ، ثمَّ المشتري يقطع رجله ، ثمَّ يموت من الجنايتين ، فإن القطع من البائع مضمون بالثَّمن ، والسِّراية مضمونة بالقيمة ؛ فإنَّ ضمان القطع من البائع ضمانُ تعدٍّ ؛ لأنَّ قطْعه لاقىٰ ملك غيره ، إلَّا أن قيام ضمان الثَّمن عليه ينفي[٣] ظهور ضمان آخر.

ولأن العقد ينفسخ ، فيسقط ضمان التعدِّي بعود الملك إليه في الأصل ، كما يسقط إذا ورث[٤] الضَّمان ، فسرىٰ كذلك تعدِّيًا ، ولا ينفسخ عليه ، ولا ضمان غير التعدي ، [فيظهر ضمان التعدي][٥].

وأما علماؤنا[٦]: فإنه يُحتج لهم بأنَّ الدّقَّ الذي تخرَّق منه الثَّوب لم يدخل تحت الإذن والعقد ، فيضمن به ، كما لو دقَّ قبل العقد ؛ لأنَّه حينئذٍ يصير تعدِّيًا.

والدَّليل علىٰ أنَّه لم يدخل تحت العقد والإذن: أنَّ الإذن ثبت ضمنًا للعقد ، والعقد انعقد علىٰ العمل السليم عن العيب ، لا عن المعيب ؛ لأنَّه بيع العمل[٧] ، والبيع مطلقه يقتضي سلامة المبيع عن العيب.

---

[١] «أ» «ن» (بيع الابتداء) ، والمثبت من «ص».

[٢] كتبت كلمة: «مسألة» بالأحمر في «ص».

[٣] «ص» (يبقىٰ).

[٤] «ص» (ورد).

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» ، والمثبت من «ن». وفي «ص» (ولا ينفسخ ولا عليه ضمان العقد فظهر ضمان التعدي).

[٦] «ص» زيادة (الثلاثة).

[٧] «ص» (للمنفعة).

ألا ترىٰ أنَّه إذا اشترىٰ عبدا[١] اقتضىٰ السَّلامة عن العيب، حتَّىٰ إذا وجده معيبًا ردَّه، فلما اقتضىٰ العمل التَّسليم[٢]، والمبيع عملٌ مسمًّىٰ في الذمَّة لا مشارا [إليه][٣] إلىٰ محلّ خاص.

بدليل: أن العامل متىٰ استعان برجلٍ فعمل استحقَّ الأجر، ولو تناول عمله منافعه لما استحقَّ، كما في أجير الوحد.

وكذلك لو سلم إليه نفسه حتَّىٰ تلفت منافعه لم يستحقَّ الأجر؛ لأنَّ العقد ما تناول عينًا مشارا إليها، إنَّما تناول دينًا في الذمَّة، ويوجد منه نوعان: عمل سليم[٤]، ومعيب. والعقد ميَّز السليم منهما، فبقي[٥] الآخر غير داخل تحته، فصار حلوله بعد العقد، وما دخل تحت العقد، كحلوله قبل العقد.

بخلاف المبيع العين؛ لأنَّه عين المشار[٦] إليه، فلا ينعدم بانعدام صفة السَّلامة فيدخل تحته، فأمَّا المعلوم بالوصف فمِمَّا[٧] يصير شيئًا آخر بتغير[٨] الوصف في الجملة.

ألا ترىٰ أن مطلق البيع بألف ـ لما اقتضىٰ ألفًا سليمة[٩] من العيب ـ قيل:

---

[١] «ص» (عينا).

[٢] «ص» (السليم).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» (نوعا علي تسليم)، «ن» (نوعا عمل تسليم)، والمثبت من «ص».

[٥] «أ» «ن» (مبرأ لتسليم منهما بقي)، والمثبت من «ص».

[٦] «أ» (مشار).

[٧] «أ» (فيهما).

[٨] «ص» (فمما يتعيَّن شيئا آخر بتعيَّن).

[٩] «أ» (قضي ألفا سليما)، «ن» (اقتضىٰ ألفا سليما عن)، والمثبت من «ص».

إن البائع إذا قبض الألف، ثمَّ جاء يردُّها بعيب الزيافة، وأنكر المشتري أن يكون ذلك من دراهمه= كان القول قول البائع استحسانًا.

لأنَّه ينكر قبض حقِّه، وهو الدَّراهم الجياد[١]، إلَّا أنَّه إذا يجوز بالزيف أجزأه[٢] على معنى أنَّه أبرأه عن صفة الجودة، فصارت هذه عين الثَّمن، كما إذا حطَّ عن البائع بعض الثَّمن [كان الثَّمن][٣] ما بقي، كأنَّه لم يسمّ في العقد إلَّا ذلك.

بخلاف أجير الوحد، فإنه دخل تحت العقد المعيب من عمله، والسليم جميعًا؛ لأنَّه انعقد على[٤] منافعه في الوقت، وعملٍ يكون بها[٥]، لا عملٍ موصوف في الذمَّة، حتَّى لا يستحقّ الأجر بعمل غيره.

ألا ترى أنَّه إذا سلَّم نفسه [في المدَّة][٦] استحقَّ الأجر، ولا تبقى الإجارة بعد الوقت لذهاب المنفعة.

وإذا كان كذلك دخل تحت العقد[٧] ما في الوقتِ من المنفعة، والعملِ بها معيبًا كان أو سليمًا، كالمبيع العين يدخل تحته، وإن كان معيبا، ولما دخل تحته نوعان من العمل لم يضمن إذا دقَّ فتخرَّق منه؛ لأنَّه مأذون به[٨] على ما قالاه.

---

[١] زاد في حاشية «أ» (ويزعم أن هذه ليست بحقه أن الثمن لم يكن عينا والعقد منه الجيد والزيف).
وفي «ص» (وزعم أن هذه ليست بحقه لأن الثمن لم يكن عينا والعقد ميز الجياد عن الزيافة)

[٢] «ص» (بالزيوف أجزأه).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن».

[٤] «أ» «ن» (لأنه عين)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٥] «أ» «ن» (وعمل بها)، والمثبت من «ص».

[٦] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[٧] «أ» «ن» (تحته)، والمثبت من «ص».

[٨] «ص» (فيه).

ومن مشايخنا من ينفصل عن أجير الوحد، بأنه يستحق الأجر بالتَّسليم لا بالعمل، فيبقىٰ كالعين في حَقّ العمل.

إلَّا أنَّه ضعيف؛ لأنَّه إذا عمل ما استحقَّ الأجر إلَّا بإزاء العمل، فهو وأجير المشترك سواء إذا عملا، إلَّا أن هذا إذا لم يعمل، وسلَّم نفسه، استحقَّ [الأجر، وإن لم يعمل][١] لقيام التمكين من الاستيفاء مقام الاستيفاء حكمًا، فأمَّا أن يكون الأجر لا بإزاء العمل= فلا.

فأما قولهما: «إنه لا يمكن الاحتراز عن الخرق»، فكلا[٢]، فإن الدَّقَّ عملٌ وضع للصلاح، وهذا أصلٌ، والخرق إنَّما يقع بعيب يعترض في المحلِّ، أو الثَّوب، أو عمله، كالعثرة في المشي لا يكون إلَّا بعيب يعترض.

كالعيب في الأعيان، والبيع يقتضي السَّلامة عن العيب، وهو الأصل، وهو الأغلب، فصحّ إيراد العقد علىٰ ما عليه الأصل والغالب، وإن كان ربَّما يعجز عن التَّسليم إلَّا معيبًا كما في بيع[٣] العين، ولا يكون ذلك عذرا؛ لأنَّه هو الذي ضيَّق علىٰ نفسه بأنْ شرط عليه بدل عمله سليمًا عن العيب، وبأن أوجب العمل له بعقد تجارة يتحرَّىٰ به الرِّبح دون الغبن[٤]. ولما كان الأصل علىٰ السَّلامة كان ممكنا، ولَمَّا[٥] ضيَّق علىٰ نفسه بالبيع لم يعذر بوقوع العجز عن نفي العيب عن[٦]

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (فلا كذلك).

[٣] «أ» «ن» (المبيع)، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (لا العين).

[٥] «أ» «ن» (ولو)، والمثبت من «ص».

[٦] «أ» (علىٰ)، والمثبت من «ص» و«ن».

العمل على تحرِّيه[١] السَّلامة، وإن كان عذرا في الجملة؛ لأنَّه رفعه بالعقد الذي باشره.

وهذا كما لم يجعل خطأ الرامي عذرًا في إصابة المسلم؛ لأنَّ الاجتهاد جُعل عذرا في حَقّ الله تعالى دون حَقّ العباد، فلم يسقط حَقّ العبيد بخطئه وعذره، وأبيح له الرمي بشرط السَّلامة.

وكذلك الذي يقف على الطَّريق لإماطة الأذى، يباح له ذلك بشرط السَّلامة؛ لأنَّ حَقّ الماشي والطريقِ لا يسقط بحسبته فبقي تعدِّيًا في حقه[٢].

وهذا بخلاف المعين[٣]؛ لأنَّه واهب عمله، والهبة لا تقتضي السَّلامة عن العيب.

ألا ترى أنَّه إذا وهب عبدًا، فوجده الموهوب له معيبًا لم يكن له خيار الرَّدّ بالعيب، فدخل تحت الهبة[٤] مطلق الدّق، وهو المعيب والسليم، فصار الإذن ثابتا بحكم العقد فيها[٥].

وعلى هذا أجير القصار؛ لأنَّه أجير وحدٍ، وقد دخل نوعا العمل تحت العقد، وانتقل إلى المشتري وهو الإسناد[٦]، فصار كأنَّه عمل بنفسه، فيضمن ما تخرَّق منه؛ لأنَّه غير داخلٍ تحت العقد فيما بينه وبين رب الثَّوب.

---

[١] «أ» «ن» (تحور)، «ص» (تحرير)، والمثبت من حاشية «أ».

[٢] «ص» زيادة (وكذلك من وقف على الطريق ليصلح بين متقاتلين).

[٣] «أ» «ن» (المفتي)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٤] «أ» «ن» (تحته)، والمثبت من «ص».

[٥] «أ» (فيهما)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٦] «ن» (الأستاذ)، «ص» (الاستناد).

وهذا بخلاف ما إذا استأجر دابَّةً للركوب أو ثوبًا للُّبس، فهلك أو انتقص من استعماله= لم يضمن؛ لأنَّ المعقود عليه ههنا منافع الدَّابَّة والثَّوب، لا عمل الراكب واللابس، وهو مشتر غير بائع، فلا يلزمه عمل سلِم[١] عن العيب[٢].

وهذا بخلاف البزَّاغ والفصَّاد والختَّان والحجَّام؛ لأنَّ العمل في هذا [الباب][٣] جرح وإفساد، والصلاح في البرء منه، وذلك بقوة الطبع لا بالعمل، وإذا لم يكن البرء حكمَ عمله لم يُشترط عليه صفة البرء منه[٤]، ولم يكن الذي لا يقوى معيبًا ليقتضي العقد بعيب[٥] التَّسليم منه[٦]، بل العيب كان من حيث الزِّيادة في قدر القطع والغلط في محلِّه، فلا جرم إن فعل ذلك ضمن بقدر ما غلط.

وفيما نحن فيه العمل يقع مصلحا في نفسه، والفساد يقع بعيبٍ فيه على ما بيَّنَّا.

وهذا بخلاف ما إذا استأجر رجل دابَّة ليركبها صبي، فسقط الصبي؛ فإنه لا يضمن؛ لأنَّ المسألة في صبي يستمسك[٧]، فيكون في يد نفسه، والمعقود عليه منافع الدَّابَّة لا حمله[٨]، فلا يلزمه تسليم حملٍ سليمٍ عن عيب السُّقوط، بل

---

[١] «أ» «ن» (تسليم)، والمثبت من «ص».

[٢] في «ص» وحاشية «أ» زيادة (ولكن إذا استوفى استيفاء مثله لم يكن عليه شيء).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (من حيث صفة البرء منه).

[٥] «ن» (تعيين).

[٦] «ص» (ولم يكن الذي لا يبرأ معيبا ليقتضي العقد بعين السلم منه).

[٧] في حاشية «أ» زيادة (على الدابة).

[٨] «ص» (فيكون في يده... الدابة لا فعله فعل الحمل).

يلزمه تسليم دابَّة مطيقة[١] للحمل، وكانت الدَّابَّة كأجير الوحد.

ولهذا قال أبو حنيفة فيمن كان له علىٰ آخر قصاصٌ في يدٍ، فقطع يده، فمات= إنَّه يضمن الدِّية؛ لأنَّ الإذن ثبت ضمنًا لوجوب القطع له، والقطع ما ثبت له إلَّا قصاصًا مثل الأوَّل، والأوَّل قطعٌ، والثَّاني قتلٌ؛ لأنَّ القطع إذا اتَّصل به الموت صار قتلًا، كالأوَّل إذا مات عنه.

والقطع نوعان: ما يسري[٢] إلىٰ النفس فيكون قتلًا.

وما يقتصر عليه ويبرأ منه، فيبقىٰ قطعا[٣].

فإيجاب الله القطع قصاصًا بالأوَّل ميَّز الذي يَبقىٰ قطعًا في مآله مِن الذي يصير قتلًا؛ لأنَّه متىٰ صار قتلًا لم يكن قصاصًا مثل الأول، ولما ميَّز صار الذي يسري إلىٰ النفس غير مأذون فيه، فصار كما لو قطعه، ولا قصاص له عليه، ولكن فيه شبهة إباحة فتجب الدية[٤].

❊ فإن قيل: لما لم يصح[٥] إيجاب الملك بالإجارة لهذا الشَّرط لم يصحّ إيجاب القصاص أيضًا، فعلم[٦] أنَّه إيجابُ قطعٍ مطلقٍ، كما لو أمره آخرُ بقطعٍ[٧]،

[١] «أ» (مطيعة). «ص» (مستطيعة)، والمثبت من «ن».

[٢] «أ» (سرىٰ)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «ن» (ما لا يسري فيبقىٰ قطعا).

[٤] «ص» (ولكن لشبهة الإباحة أسقط القصاص فتجب الدية). زاد في «ص» وحاشية «أ» (ولم يكن كالبزغ المطلق).

[٥] «ص» (كما يصح).

[٦] «ص» (فلما صح علم).

[٧] «ص» (بقطع مطلق في يده).

وكما في البزَّاغ.

❁ قلنا: إن الله تعالىٰ أوجب القطع قصاصًا لا مطلقًا، وقوله بأنه لا يصحّ بهذا الشَّرط، فغلط، فقد ذكرنا: أن القطع نوعان، فتعيّن[١] أحدهما عن الآخر صحيح، إلَّا أن الفاعل لا يمكنه الاستيفاء[٢] علىٰ أنَّه سليم عن السِّراية ما في وسعه، ذلك لما ذكرنا أن السَّلامة ليست من حكم عمله، بل حكمِ قوة الطبع، والعجز عن التَّسليم يبطل الإجارة، ولكن لا يبطل إيجاب الحقِّ لولي القصاص[٣]؛ لأنَّ التَّسليم ليس بشرط لثبوته[٤].

❁ فإن قيل: فيه غررٌ[٥]، والشَّرع لا يجيء به.

❁ قلنا: إن إيجاب الملك [له][٦] بهذا الشَّرط لا يلزمه العمل حتَّىٰ يقع في غرر[٧] العاقبة، بل يطلق له القطع، فإن شاء لم يقطع ولم يوقع نفسه في خطر العاقبة، وإن شاء تحمَّل الخطر، وأخذه[٨] علىٰ تحري السَّلامة، كما في رمي الصَّيد، والغرر في القطع، فالعبد مختار[٩] فيه، ما فيه إلزام الشَّرع.

---

[١] «ن» (فتعيين). «ص» (فتمييز).

[٢] «أ» (التسليم)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] في «ص» وحاشية «أ» زيادة (علىٰ الجاني).

[٤] في «ص» وحاشية «أ» زيادة (ألا ترىٰ أن العفو أحسن من الاستيفاء وكذلك الصُّلح والأجر في باب الإجارة لا يجب إلا بالتسليم وإن تراضوا علىٰ خلاف ذلك لم يجب).

[٥] «أ» «ن» (غدر)، والمثبت من «ص».

[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص».

[٧] «أ» «ن» (غدر)، والمثبت من «ص».

[٨] «ص» (وأقام).

[٩] «ص» (وهو مختار).

❁ فإن قيل: إن في اعتبار شرط السَّلامة إخلالًا بحقه[١]؛ لأنَّ الجاني أفات يده، وكان حقُّه فيها ثابتًا مستقرًّا، فيجب أن يثبت حقُّه في يده[٢] مستقرًّا، لا بشرط فيه خطر.

❁ قلنا: إن حَقّ القطع في نفسه [كان مستقرًّا، وإنَّما أُبطل بقدر ما جنىٰ، وذلك في اليد مقصورًا عليها، فلا يثبت عليه من الجزاء إلَّا بشرط أن يبقىٰ حقُّه في نفسه مستقرًّا، كما][٣] كان قبل القطع فلم يجز إهدار حقِّه في نفسه بلا جناية بحقِّ المجني عليه في يده، كما لم يجز إبطال حَقّ المجني عليه في يده[٤] لخوف[٥] السِّراية إلىٰ النفس، وهو في القطع بشرط السَّلامة ليكون باب الاستيفاء مفتوحًا للمجني عليه، وباب الزِّيادة مسدودا علىٰ المجني عليه، وليكون في نقصان الواجب[٦] بدلًا عن الفائت، لا في الزِّيادة عليه، فإن الزِّيادة حرام، والنقصان حلال.

ألا ترىٰ أنَّه يجوز أخذ اليد الشلَّاء عن الصَّحيحة، ولا يجوز أخذ الصَّحيحة عن الشلَّاء، وكذلك كثير من التعدي لا يجب له جزاءٌ في الدنيا، وقط لا تجب زيادة.

---

[١] «ص» (بحق الولي).

[٢] «ص» (بدله).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» وهناك علامة لحق لكلام طويل غير واضح بسبب التصوير في حاشيتها، فلعله هو.

[٤] في «ص» وحاشية «أ» زيادة (بحقوق السراية إلىٰ نفس الجاني أصلا، بل أوجب علىٰ وجه [لتوفر الحقان بقدر الإمكان وهو في القطع]). وما بين [ ] ليس في «ص».

[٥] «أ» «ن» (بخلاف)، والمثبت من «ص».

[٦] «ص» (ليكون التفاوت في نقصان الواجب).

بخلاف ما إذا قال [لآخر][١]: «اقطع يدي» فقطع ؛ لأنَّه لا تفصيل في الإذن ، ولأنه اسم لما يُبين اليد عن النفس ، وقد امتثل به . وما جاوزه إلا أنه ضربان[٢]:

ما يسري ، فيصير قتلا .

وما لا يسري ، فيبقىٰ قطعًا كما وقع ، لا أن لا يكون قطعا وإن صار قتلا ، بل يصير قتلا بقطع[٣].

بخلاف الإمام يقطع[٤] يد السارق ، فمات منه ، [فإنه لا يضمن][٥]، وإن كان [الواجب][٦] علىٰ السارق قطعٌ هو جزاء السرقة ، وذلك قطعٌ غير متلفٍ علىٰ ما يجب ؛ لأنَّ الإمام فُرض عليه الإقامة ، فلم يمكن التقييد بشرط السَّلامة ؛ لأنَّه ليس في وسعه الاحتراز عنه ، علىٰ ما قلنا ، والله تعالىٰ لا يأمره إلَّا بما في وسعه.

ومثاله[٧]: رمي المسلم الكافر ، وقد تترَّس بمسلم ، فأصاب المسلم ، لم يضمن.

خلافا للشافعي(٨).

لأنَّه فرض عليه رمي الكفَّار[٩] وكسر شوكتهم حال تترُّسهم بالمسلمين ،

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» «ن» (وما جاء وهي الإبانة ضربان) ، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (ما لا يسري ، فيبقىٰ قطعًا كما وقع ، وما يسري ، فيصير قتلا بعد ما وقع الامتثال بالإذن).

[٤] «أ» «ن» (بخلاف ما إذا قطع) ، والمثبت من «ص».

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٧] في «ص» وحاشية «أ» زيادة (من الخطإ).

(٨) انظر: «الأم» للشافعي (٤/٢٥٨) ، و«مختصر المزني (٨/٣٧٩) ، و«الحاوي الكبير» (١٤/١٨٩).

[٩] «أ» «ن» (الكافر) ، والمثبت من «ص».

فأبيح الرمي مطلقًا، لا بشرطِ أن لا يصيب المسلمَ؛ لأنَّه ليس في وسعه الاحتراز عنه[١].

ولأن الإمام نائب عن الله في إقامة الحدود، كالقاطع بأمر صاحب النفس، فإذا وافق في الصُّورة قبل السِّراية انتقل إلى الأمر حكمًا، فتكون السِّراية على الآمر.

وكذلك العبد نائبٌ عن الله تعالى في نصرة دينه، فأمَّا وليّ القصاص فيستوفي لنفسه، فتكون السِّراية عليه، فإذا انقلب قتلا ـ وليس ذلك له ـ ضمِن.

|١٠٥١| **مسألةٌ**: وعلى هذا مسألة المستأجر إذا كبح الدَّابَّة باللِّجام أو ضرب فماتت منه، فإنه يضمن عند أبي حنيفة؛ لأنَّ المسألة فيما إذا لم يأذن له صاحب الدَّابَّة بذلك.

إلا أنهما يقولان: الإذن ثابت دلالةً[٢]؛ لأنَّ العمل صار له، وذلك العمل هو السَّير، والسَّير إنَّما يخرج من الدَّابَّة بالتَّسيير[٣]، فكان كالإذن بالقطع قصاصًا، والقيد[٤] ممكنٌ اعتبارُه، وإن كان فيه خطر؛ لأنَّه أمر له، لا عليه، ولأنه بمنزلة الدّق، دون البزغ.

---

[١] في «ص» وحاشية «أ» زيادة (بخلاف رمي الصيد فإنه ليس بفرض، ولكنه مباح له ذلك).

[٢] «أ» «ن» (أنَّه ثابت دلالة الوجوب)، والمثبت من «ص».

[٣] في «ص» وحاشية «أ» زيادة (وذلك بالكبح والضرب وأبو حنيفة يقول إن الإذن بالضرب يثبت مقتضى الإذن بالتسيير فيقيد بقيد أن يكون تسييرا لا متلفا، وهو فيه عامل لنفسه لأنه يقبض منفعته به).

[٤] «أ» «ن» (والعبد)، والمثبت من «ص».

وكذلك الأب يضرب ولده[1] فمات منه ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله.

لأنَّ الشَّرع ما أثبت له بحق النِّيابة إلَّا تصرُّفًا فيه مصلحة نفسه وماله. فأمَّا الضرب فملكه بولاية نفسه تأديبًا كما يستخدمه. وكذلك تملك الأم ذلك، وإنَّما ملكت إصلاحًا، وذلك في التأديب، غير أن الأدب قد يحصل له بالضرب، فكان من التأديب، كما يضرب الدَّابَّة تأديبًا[2]، فالإذن[3] ثبت بهذه اللَّفظة، كما ثبت القطع بلفظ القصاص، إما بالكتاب، أو إجماع النَّاس [عليه][4].

وقد أمكن اعتباره[5]؛ لأنَّه عمل يثبت له، لا عليه، كالقصاص، بخلاف المعلم يضرب بإذن الأب فمات، فلا ضمان[6] علىٰ أحد؛ لأنَّه ضرَب بأمر الأب، وقد صحَّح من الأب ذلك[7]؛ لأنَّ التلف قطُّ لا يتولَّد عن الآمر بالضرب، فصار الأستاذ عاملًا له شرعًا كالمعين، فلا يقيَّد الأمر بقيد السَّلامة، ولم ينتقل إلىٰ الأب ما فيه العيب؛ لأنَّ الأب إنَّما صحّ أمره بقدر ما ملك بنفسه، وهو ضرب بشرط السَّلامة.

فصارت الزِّيادة هدرا، كالشهود إذا شهدوا بالزِّنا، وأقام الإمام الحدَّ، فجرح، ثمَّ رجع الشهود= لم يضمن الشهود الجرح، ولا الإمام.

وعلىٰ هذا يخرج الجلوس في المسجد [للصلاة][8]؛ لأنَّ المسجد ما بني

[1] «ص» (ولده الصغير).
[2] في «ص» وحاشية «أ» زيادة (للرياضة والصلاح فتقيد بقيد أن يكون تأديبا).
[3] «ص» (والأدب).
[4] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[5] «أ» (اعتبارها).
[6] «أ» (يضمن)، والمثبت من «ن» و«ص». «أ» (ضمان)
[7] «ص» (صح من الأب ذلك الأمر).
[8] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

إلَّا للصلاة، والجلوس فيه ـ مطلقًا ـ تعدٍّ كما في الطريق، بل أشدُّ، وإنَّما يصير طاعة لانتظار الصلاة، كما يصير الوقوف على الطريق حسنة[١] لإماطة الأذى، أو صلحٍ بين المتنازعين، فيصير حسنة بشرط السَّلامة؛ لأنَّ حَقَّ الغير لا يسقط بحقِّ الصلاة، ولا بحق إماطة الأذى.

وأما إذا كان مصليا فنفس الوقوف حسنة؛ لأنَّه بني[٢] له كالمرور في الطريق، فإذا كان عينه حسنة لم يتولَّد منه التعدِّي، وإذا كان حسنة بعارض[٣]، وأصله تعدٍّ، بقي تعدِّيًا وراء ذلك العارض.

وكذلك بسْط الحصير في المسجد، وتعليق القنديل؛ لأنَّ المسجد لله بهوائه وأرضه على الخلوص. وإنَّما أباح لنا الصلاة فيه، وغير ذلك يباح بعارض. أما الحصير فلأنَّه بساط الصلاة، والقنديل للتنوير ليمكنهم الصلاة، فيبقى تعدِّيًا وراء ذلك، وثبتت الإباحة بهذا العارض بشرط السَّلامة، كحفر البئر سواءً، لا فرق بينهما، ولم يكن نائبًا عن غيره فيما فعل فينتقل عنه، فبقي عليه.

وعلى هذا كسر الملاهي؛ لأنَّ عينه خشبٌ، لو غيِّر[٤] يجوز الانتفاع به، وإنَّما صار للَّهو بالصنعة، والصنعة لم تبدِّل عين الخشب، فبقي مالًا محترمًا فيما لا يصلح للَّهو[٥]، وإنَّما تبطل قيمته بقدر ما صلح للَّهو، فلا جرم لا يضمن عند أبي حنيفة آلة اللَّهو، ولكن آلة لعملٍ آخر، لا للَّهو.

---

[١] في «أ» و«ن» وقعت الكلمة بالباء (حسبة) في هذا الموضع وما بعده، والمثبت من «ص».

[٢] غير واضحة في «ن»، «ص» (يبنى).

[٣] «ن» (لعارض).

[٤] «أ» «ن» (أو عين)، والمثبت من «ص».

[٥] «أ» «ن» (فيما لا يصلح إلا للهو)، والمثبت من «ص».

بخلاف الخمر ؛ فإنه حرام لشدَّته ، وذلك صفة لعينه ، فسقطت قيمته أصلًا ، حتَّىٰ إن غير[١] الخمر لَمَّا حرم لإسكاره ، وذلك يعدم في أصله ؛ لأنَّ القليل لا يسكر= لم تسقط قيمته .

وكذلك إذا أرسل الصَّيدَ عن يد المحْرِم ، وكان له من قبل الإحرام ، فذهب الصَّيد ضمِن قياسًا ؛ لأنَّ الشَّرع لم يأذن [له][٢] بالإرسال ، بل الأصل فيه التحريم ؛ لأنَّه مال ، وبالإحرام لم تبطل الماليَّة ، ولا حرم عليه إمساك المال ، وإنَّما حرم عليه إمساك الصَّيد ، فكانت الحسنة في إزالة إمساك الصَّيد[٣] .

وذلك فيما يؤمِّن الصَّيد عن يده دون ما يخرج[٤] عن يده ؛ لأنَّ يدَ المحرم عليه ـ من حيث إنَّه مالُه ـ يدٌ صحيحة حكمًا ، فمن حيث إنَّه يبطل[٥] يده عن ماله يكون تعدِّيًا .

❁ فإن قيل: هذا واجب عليه ، فكيف نقيِّده بهذا القيد ؟

❁ قلنا: لا نوجبه ، ولكن نقول له مُر المحرم بالإرسال ، ولا يمكنك أكثر من هذا ، فإن تطوعت بالزِّيادة فمباح [لك][٦] ، لكن بشرط السَّلامة .

وعلىٰ هذا شهود الزِّنا إذا رجعوا لم يضمنوا جرح السِّياط ؛ لأنَّهم ما أوجبوا الضرب المطلق ، وإنَّما أوجبوا الحدَّ الذي هو جزاء الجناية ، وذلك جلد زاجر ،

---

[١] «ص» (عين) .

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» .

[٣] «ص» (في إبطال إمساكه الصيد مع صيانته له المال) .

[٤] «ص» () . «أ» «ن» (دون ما لم يخرج) ، والمثبت من «ص» .

[٥] «أ» «ن» (يبعد) ، والمثبت من «ص» .

[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» .

لا جارحٌ، ولا متلفٌ، وإنَّما يقع الجرح بعارضٍ وخُرق يقع من الجلَّاد، كالخُرق الذي يقع في الدَّقِّ.

إلا أن هذا القيد لم يعتبر في حَقّ الإمام؛ لأنَّه فرض عليه إقامة الحدِّ من جهة الله تعالىٰ، ويتعذر الاحتراز عن قليل الجرح، فلو شرطنا عليه الاحتراز عنه لتعذَّر عليه إقامته، والله تعالىٰ ما جعل في الدِّين من حرج، فسقط القيد[١] في حقِّه بقدر وقوعه في الحرج، وقد جعل الله هذا عذرًا في حقِّه.

ولكن لم يسقط القيد بهذا القدر في حَقّ الشهود؛ لأنَّهم لم يجعلوه عذرًا له في سقوط حقِّهم في البراءة عن ضمان الجرح الذي[٢] لم يوجبوه علىٰ الزاني.

ولأن الإمام نائب عن الله تعالىٰ في إقامة الحد، كأجير القصَّار عن القصَّار، ولما كان نائبًا عن الله في الجلد لم يشترط علىٰ النائب قيد السَّلامة، بل مطلق الضرب المعيب وغيره يدخل تحت الأمر في حقِّه، وإن كان المستحقُّ علىٰ الزاني جزاء أحدهما؛ ولكن لا ينتقل إلىٰ الشهود إلَّا بقدر ما أوجبوا.

وعلىٰ هذا يقول أبو حنيفة فيمن فيمن له علىٰ آخر قصاص في طرفٍ[٣] فأمر آخر بالقطع، فقطع، فسرىٰ= لم يكن علىٰ الوكيل ضمان، وكان علىٰ الآمر، إلَّا أن في مسألة الحد[٤] الآمر هو الله تعالىٰ، والله تعالىٰ لا يلحقه[٥] ضمانٌ ولا غيرُه

---

[١] «أ» (العبد)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «ن» (للذي).

[٣] «أ» «ن» (له قصاص في الطرف)، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (الجلد).

[٥] «ص» (يلزمه).

لحقِّ[١] العبد فيما يفعله[٢] الله به.

والإمام ليس بنائب عن الشهود لينتقل فعلهم إليه بحقِّ النِّيابة[٣]، بل الرجوع بحقِّ أنَّهم ألجأوا الإمام إلىٰ ذلك، وإنَّما ألجأوا إلىٰ ضرب مؤلمٍ غير جارحٍ، فلا يجب الرجوع عليهم بما لم يدخل تحت إلجائهم، والله أعلم.

|١٠٥٢| مسألةٌ: الإمام إذا عزَّر رجلا فمات [منه][٤] لم يضمن.

خلافا للشافعي أنَّه يضمن(٥).

لأنَّه مؤدِّب كالأب.

وروي أن عمر رضي الله عنه رُفع إليه أن امرأة تُدخل عليها الأجانب، فأمر بها فحُملت [إليه][٦]، فخافت فأجهضت، فشاور أصحابه فقال عثمان[٧]: «ليس عليك شيء؛ لأنك مؤدِّب» فقال علي: «إن قال عن اجتهاد فقد أخطأ، وإن قال لا عن اجتهاد فقد غشك، [عليك][٨] الدية»(٩). فأخذ عمر بقول علي.

---

[١] «أ» (بحق).

[٢] «أ» (يفصله)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «أ» «ن» (لينتقل إليهم بحق النِّيابة فعله)، والمثبت من «ص».

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

(٥) انظر: «الأم» للشافعي (٦/٩٤)، و«نهاية المطلب في دراية المذهب» (٨/١٧٤)، و«المهذب» للشيرازي (٣/٣٧٤).

[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٧] «ص» (عبد الرحمن بن عوف).

[٨] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

(٩) رواه عبد الرزاق الصنعاني (١٨٠١٠) عن الحسن البصري قال: «أرسل عمر بن الخطاب إلىٰ=

إلا أنا نأخذ بقول عثمان[١] فإنه لم يرجع عن قوله.

ولأنه نائب عن الله تعالىٰ فما لواحد[٢] من الرعية.

ولأنه تعزير[٣] فلا يلحقه ضمان السِّراية، كما لو أقام حدًّا، بخلاف الأب علىٰ ما مرَّ، والله أعلم.

[١٠٥٣] **مسألةٌ**: قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ: الأجير المشترك لا يضمن ما هلك في يده كالمودع.

وقال صاحباه: يضمن، إلَّا ما هلك بسببٍ لا يمكنه دفعه بحفظه غالبًا.

واحتجَّا فيه بما روي عن علي[٤] أنَّه كان يضمِّن الخياط، والقصار،

= امرأة مغيبة كان يدخل عليها، فأنكر ذلك، فأرسل إليها، فقيل لها: أجيبي عمر، فقالت: يا ويلها ما لها، ولعمر قال: فبينا هي في الطريق فزعت فضربها الطلق فدخلت دارا، فألقت ولدها، فصاح الصبي صيحتين، ثم مات، فاستشار عمر أصحاب النبي ﷺ فأشار عليه بعضهم، أن ليس عليك شيء، إنما أنت وال ومؤدب قال: وصمت علي فأقبل عليه، فقال: ما تقول؟ قال: إن كانوا قالوا: برأيهم فقد أخطأ رأيهم، وإن كانوا قالوا: في هواك فلم ينصحوا لك، أرىٰ أن ديته عليك، فإنك أنت أفزعتها، وألقت ولدها في سبيك قال: فأمر عليا أن يقسم عقله علىٰ قريش، يعني يأخذ عقله من قريش لأنه خطأ». قال ابن كثير في «مسند الفاروق» (٢/٤٤٩): «هذا مشهور متداول وهو منقطع فإن الحسن البصري لم يدرك عمر». وأعله ابن الملقن وابن حجر بالانقطاع. انظر: «البدر المنير» (٨/٤٩٤)، و«التلخيص الحبير» (٤/١٠٢).

[١] «ص» (عبد الرحمن).

[٢] «أ» (فالواحد)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «ن» (التعزير). «ص» (إقامة التعزير).

[٤] «ص» (عن النبي ﷺ).

وغيرهما من الصُّنَّاع(١) احتياطا للناس، حتَّىٰ لا يضيع[٢] بسبب كان يمكنه الاحتراز عنه بحفظه.

وما روي أنَّه كان لا يضمن الأجير(٣)، فغير مفسَّر في أي أجير، فيُحمل علىٰ أجير الوحد جمعًا بين الخبرين.

وعن عمر أنَّه كان يضمِّن الصنَّاع[٤] ما أفسدوا وما ضاع علىٰ أيديهم(٥).

وعن شريح أنَّه كان يضمِّن الملاح، إلَّا الغرق والحرق(٦).

---

(١) رواه عبد الرزاق الصنعاني (١٤٩٤٨)، وابن أبي شيبة (٢١٠٥١)، والبيهقي في «السنن الصغير» (٢١٦٣)، و«السنن الكبرىٰ» له (٦/٢٠٢)، ولفظ عبد الرزاق: عن جعفر بن محمد، عن أبيه قال: «كان علي يضمن الخياط، والصباغ، وأشباه ذلك احتياطا للناس».
قال البيهقي في «السنن الصغير» (٢/٣٢١): «وهو عن علي منقطع. ورواه أيضا خلاس، عن علي وليس بالقوي». قال الشافعي: «وقد روي من وجه لا يثبت أهل الحديث مثله: أن علي بن أبي طالب ضمَّن الغسَّال والصبَّاغ. وقال: «لا يصلح الناس إلا ذلك». وانظر: «الأم» للشافعي (٦/١٨٨)، و«السنن الكبرىٰ» للبيهقي (٦/٢٠٢)، و«البدر المنير» (٧/٤٦).

[٢] في «ص» وحاشية «أ» (حتىٰ لا يضيعوا أموالهم ـ يعني ـ إذا علم بالضمان بالغ في الحفظ).

(٣) في مصنف ابن أبي شيبة (٢٠٤٩٦): عن صالح بن دينار، «أن عليا ﷺ، كان لا يضمن الأجير المشترك». قال الشافعي: «وقد روي عن علي من وجه آخر أنه كان لا يضمن أحدا من الأجراء من وجه لا يثبت مثله». انظر: «السنن الكبرىٰ» للبيهقي (٦/٢٠٢)، و«البدر المنير» (٧/٤٦).

[٤] «أ» «ن» (الصباغ)، والمثبت من «ص».

(٥) رواه عبد الرزاق الصنعاني (١٤٩٤٩) عن بكير بن عبد الله بن الأشج، «أن عمر بن الخطاب ضمن الصباغ الذي يعمل بيده». قال الشافعي: «وروي عن عمر تضمين بعض الصناع من وجه أضعف من هذا، ولم يعلم واحدا منهما يثبت». انظر: «الأم» للشافعي (٦/١٨٨)، و«السنن الكبرىٰ» للبيهقي (٦/٢٠٢)، و«البدر المنير» (٧/٤٦).

(٦) ورد ذلك في عدة آثار لم يضمِّن شريح فيها الصناع. انظر ـ مثلا ـ: مصنف عبد الرزاق الصنعاني (١٤٩٤٧، ١٤٩٥٦)، مصنف ابن أبي شيبة (٢١٠٥٣)، السنن الكبرى للبيهقي (١١٦٦٨، ١١٦٦٩).

وإنه كان يقضي في بعض زمن الصحابة[1]، ولم يروا الإنكار عليه(٢)، فدلَّ علىٰ الإجماع ظاهرا.

وروي أن رجلا دفع ثوبا إلىٰ صبَّاغ فصبغه، ثمَّ احترق[3] بيت الصباغ فضمنه شريح، وقال: «أرأيت لو احترق بيته أكنت تترك له الأجر؟»(٤).

فلم يجعل حريق البيت عذرا؛ لأنَّه يمكنه الإخراج منه[5] لو حفظه، بخلاف حريق السفينة؛ فإنه عذرٌ، ولا يضمن.

والمعنىٰ فيه: أنَّا نصوِّر[6] المسألة في حافظ الأمتعة بأجرٍ فسرق منه، أو ضاع= فإنه يضمن، وإن كان العين عنده أمانةً؛ لأنَّه بائعٌ عملَ الحفظ [فيه][7]، فيدخل تحته التَّسليم[8] عن عيبٍ بسبب الهلاك الذي لا يقع إلَّا بقصوره في الحفظ، ولو بالغ لا يدفع؛ لأنَّ ذلك الهلاك بسبب تقصيره، وهو عيب فيه، فلم يدخل [تحت][9] العقد، كالدّق الذي تخرَّق منه الثَّوب، وإنَّما دخل تحته حفظٌ سليمٌ عن هذا العيب، وإذا لم يدخل تحته صار بالتقصير تاركًا ذلك الحفظ الذي ضمنه له بعقده، ولَمَّا تركه حتَّىٰ هلك الشَّيء بسببه ضمن، وكان الترك تعدِّيًا.

---

[١] «ص» (زمن الصحابة).

(٢) رواه ابن أبي شيبة (٢٠٤٩٥).

[٣] «أ» (فاحترق).

(٤) رواه عبد الرزاق الصنعاني (١٤٩٦٥)، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» (١١٦٦٤)، ولفظ البيهقي قريب من اللفظ الذي ذكره المصنف.

[٥] «ص» (عنه).

[٦] «أ» (لا نصور)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٧] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

[٨] «ص» (فيدخل الحفظ السليم).

[٩] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

كالمودع إذا رأىٰ سارقًا فلم ينهه[١] حتَّىٰ سرق ضمن، بخلاف غيره؛ لأنَّ المودع ضمن هذا الحفظ، فصار الترك منه تعدِّيًا، إلَّا أنَّه متبرع[٢] بالحفظ، فلم يلزمه الحفظ السليم عن عيبِ التقصير، فلا يضمن بتقصيره حتَّىٰ سرق لا بعلمه[٣]، بل يضمن إذا ترك الحفظ رأسًا.

وهذا إنَّما ضمن الحفظ السليم عن التقصير، فصار متعدِّيًا بترك ما ضمن.

فأمَّا إذا كان غالبًا لا يمكنه دفعه ـ وإن لم يقصر ـ لم يضمن لعدم الخيانة منه؛ لأنَّه لا يضمن ما ليس في وسعه، فصار كالمودع الذي سرقت منه الوديعة بغير علمه.

إذا[٤] ثبت هذا في الحافظ بأجرٍ، فكذلك في العامل بأجرٍ من الخيَّاط والقصَّار؛ لأنَّا نجعل الحفظ معقودًا عليه مع العمل تبعًا للعمل احتياطًا للناس، كما قاله[٥] علي رضي الله عنه.

ولأنَّ العمل لا يمكنه إلَّا بعد حفظ العين[٦] فهو ضرورته، إلَّا أن الأجر لا يقابله؛ لأنَّه تبعٌ[٧] للعمل، كالأطراف للعبد تدخل تحت العقد تبعًا، ولكن الثَّمن يقابل الأصل، لا الأطراف.

بخلاف أجير الوحد؛ لأنَّ العقد ثمَّ ورد علىٰ منافعه في الوقت، دون محلٍّ

---

[١] «ص» (يمنع).

[٢] «أ» (مشرع)، والمثبت من «ن» و«ص» وحاشية «أ». «ص» (لأنه متبرع).

[٣] «ص» (حتىٰ لو سرق بحيث لا يعلمه لم يضمن).

[٤] «أ» (وإذا).

[٥] «ص» (فعله).

[٦] «ص» (عين الثوب).

[٧] «أ» (بيع)، والمثبت من «ن» و«ص».

معلومٍ للعمل.

ألا ترىٰ أن الأجر يجب بتسليم نفسه في المدَّة من غير عين تسلَّم[١] إليه، وإذا كان المعمول غير ظاهر، ولا مسمًّىٰ وقت العقد لم يصر حفظه معقودًا عليه تبعًا ولا قصدًا، وبقيت العبرة لنفس العمل.

ولا يلزم علىٰ هذا من استأجر دابَّةً لحمل صبيٍّ، وسلَّم الصبيَّ إليه، فحمل، فسقط= لم يضمن؛ لأنَّ المسألة في صبي يستمسك بنفسه، دون الذي لا يستمسك؛ فإنه والجماد سواء، والجماد يضمن إذا سقط، فأمَّا الذي يستمسك بنفسه فهو في حفظ نفسه ويده، فلم يصر الحفظ معقودًا عليه تبعًا للحمل.

وأما أبو حنيفة فإنه يحتج له بالقياس كأنَّه لم يبلغه أقوال الصحابة، أو علىٰ ما قالوا من مذهبه: أن القياس أولىٰ من قول الصحابي، وإنَّما يترك القياس بإجماعهم، ولم يبلغ هذا القول مبلغ ما ينعقد به الإجماع.

ووجه القياس: أن الخلاف مسطور في القصَّار، والخيَّاط، ونحوهما، دون حافظ الثِّياب، والعقد في القصَّار يتناول القصارة، لا الحفظ، إلَّا أنَّه لابدَّ من الحفظ للعمل، فثبت له ولاية الحفظ، كما ثبت للمودع؛ لأنَّه يحفظه لا بأجر، إنَّما خالفه في سبب وجود الحفظ، [فالحفظ][٢] وجب علىٰ المودع بقبول عقد الاستحفاظ، وهذا بعلَّة[٣] اليد[٤] عليه للعمل، لا بعقد الإجارة، ليكون ببدلٍ.

فهذا هو القياس الصَّحيح، وما قالاه استحسان احتياطًا للناس علىٰ ما أشار

[١] «أ» (تسليم). «ص» (من غير تسليم إليه)، والمثبت من «ن».

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» (بعلمه)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «ص» (الاستحفاظ، وهو العلة ووجب علىٰ القصار بعلة اليد).

إليه علي.

إلَّا أنَّه نظر لهم من حيث إنَّ فيه إضرارًا بالعامل بأن يُلزم حفظا لم يلتزمه، وهذا لا يجوز، بل النظر واجب للكل على السواء.

|١٠٥٤| **مسألةٌ**: إذا قال لخياط: «إن خطت هذا الثَّوب اليوم قميصا فلك درهم، وإن خطته غدا فلك نصف درهم» كان الشَّرط في اليوم الأوَّل صحيحا، وفي الثَّاني فاسدًا عند أبي حنيفة، حتَّىٰ إذا خاطه غدًا وجب له أجر المثل، لا ينقص عن نصف درهم، ولا يزاد على الدِّرهم.

وقال زفر: العقد فاسد أصلًا.

وقال أبو يوسف ومحمد: العقد صحيح في اليومين جميعًا بشرطيه.

وكذا إذا تزوَّج امرأة على ألف درهم إن أقام بها بالبلدة، فإن خرج بها فلها ألفان= فسدت التَّسمية عند الخروج على قول أبي حنيفة.

وعندهما: جميعا جائزان.

أما زفر فإنه يقول: إنَّه في اليومين جميعًا بمنزلة ما لو استأجره بدرهم أو نصف درهم؛ لأنَّ المعقود عليه واحد في اليومين جميعًا، وهو خياطة القميص دون منافع الخيَّاط في اليوم الأوَّل أو الثَّاني؛ لأنَّ الوقت لا معتبر به في أجير المشترك.

ألا ترىٰ أنَّه لو قال: «إن خطته اليوم فلك درهم» وسكت، فخاطه غدًا استحقَّ الأجر، كما لو لم يذكر وقتًا، وكان[١] ذكر الوقت لاستعجال العمل، لا

[١] «ص» (ولأن).

لتقدير المنفعة به، وتعيينه فيه.

وقد ذكر في الكتاب: «إن خطته اليوم، فلك درهم، وإن خطته غداً، فلا شيء لك»، فخاطه غدا= وجب أجر المثل لبقاء العقد الأوَّل فيه، كأنَّه يقول له: «إن خطته [اليوم][1] فلك درهم، أو لا شيء».

وكذلك لو قال لخيَّاط: «خط هذا الثَّوب غداً بدرهم» فخاطه اليوم يجب أن يستحقَّ الأجر؛ لأنَّ المعقود عليه خياطة القميص الذي عيَّنه، لا عملٌ في وقت، وإنَّما ذكر الوقت لتعجيل العمل، أو تأخيره ترفيهًا.

وإذا كان المعقود عليه واحدًا في اليومين كان العقد واحدًا، والتَّسميتان حصلتا[2] للمعقود عليه، وهما مختلفتان، فيفسد العقد كما فسد في اليوم الثَّاني في قول أبي حنيفة.

وكما إذا اشترى عبدًا بألف درهم إلى شهر، وبألفين إلى سنة، فإنه يكون فاسدًا، وإن أدخل الأجلين؛ لأنَّ البدل للعبد، وهو واحدٌ، فاجتمعا في انعقاد المبادلة، وإن تفرَّق وقت الطلب.

وغير مشكل هذا في النِّكاح، فإن النِّكاح واحدٌ: أقام بها، أو خرج بها، وتسمية الألف قائمةٌ ـ إذا خرج بها ـ مع الألفين[3].

بخلاف قولك: «إن خطته روميًّا فلك درهم، وإن خطته فارسيًّا فلك نصف درهم»؛ لأنَّهما عملان مختلفان، وعقدان مختلفان، كلُّ واحد عقدٌ بتسمية على

---

[1] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[2] في حاشية «أ» (ببدل).

[3] «أ» «ن» (العين)، والمثبت من «ص».

حِدةٍ معلومة، فلم توجد جهالة التَّسمية.

كما إذا اشترىٰ عبدين[١] هذا بألفٍ، وهذا بألفين، علىٰ أنَّه بالخيار يأخذ أيَّهما شاء، ويردُّ الآخر= فإنه صحيح عندكم هذا.

ولا تعرف عن زفر رواية في الفارسيَّة والروميَّة.

وأما أبو يوسف ومحمد فإنهما يقولان: لما ثبت أن العقد واحدٌ، وذكر اليوم[٢] لاستعجال العمل، وأنه متىٰ لم يعمل كان العقد باقيًا أبدًا ما لم يعمل= كانت التَّسمية الثَّانية إذا أخَّر كحطِّ بعض الثمن، لا تسميةً جديدة[٣]؛ لأنَّ التَّسمية الأولىٰ باقية، وكانت الغنية[٤] بها واقعة عن تسمية أخرىٰ، وغير واقعة عن الحطِّ[٥] إذا آجر ولم يوقِّته بشرط[٦] التَّعجيل، فحمل عليه بدلالة الحال فصح، كما لو جاء غدًا فقال: «حططت عنك نصف درهم».

وكذلك في باب النِّكاح كانت التَّسمية الأولىٰ باقيةً عند الخروج، فعلم أن الأخرىٰ لم تكن علىٰ سبيل الابتداء، بل علىٰ سبيل الزِّيادة علىٰ الأولىٰ، فصحَّت كما لو صرَّح بالزِّيادة علىٰ الأولىٰ، فالزِّيادة في البدل تصحّ عندنا، كما يصحّ الحطُّ في الجملة.

فهذا وجه حسن مالًا إليه بدلالة الحال، وإنه يجرىٰ من الأوَّل مجرىٰ

---

[١] «ص» (بثمنين).

[٢] «ص» (الوقت).

[٣] «أ» «ن» (كانت تسمية النِّصف إذا أخر بحط البعض لا لتسمية جديدة)، والمثبت من «ص».

[٤] لم تضبط الكلمة بالنقط في الأصول وهذه القراءة الأقرب في نظري، والله أعلم.

[٥] «أ» (الخطأ)، والمثبت من «ن».

[٦] «أ» (شرط)، والمثبت من «ن».

الاستحسان من القياس.

قالا: ولا معنىٰ لقول من يقول: «إن العقد معقودٌ علىٰ خطر[١] انفساخ الأوَّل بترك العمل في اليوم الأوَّل» لما ذكرنا: أن العقد واحدٌ، وأنه لا ينفسخ بمضي المدَّة، إلَّا أنَّه إذا عمل في اليوم الأوَّل لم يبق لإيفائه صاحبه بتمامه.

كما إذا كان عليه دينٌ مؤجَّلٌ، فأوفىٰ قبل الأجل لم يبق إلىٰ محلِّه لوجود الإيفاء قبله، لأن[٢] الذي عجَّل غير الذي كان عند المحلِّ.

وأما أبو حنيفة فإنه يقول: إن التَّسمية الأولىٰ ثابتة أبدًا، وكذلك العقد، بدليل ما قاله زفر، فاجتمع في اليوم الثَّاني تسميتان ففسد العقد.

فأما التَّسمية الثَّانية فغير موجودة في اليوم الأوَّل؛ لأنَّه يُقضىٰ له بسبب تأخيره، فلا يثبت قبل التَّأخير.

❖ فإن قيل: فالأوَّل إنَّما ثبت لمكان التَّعجيل أيضًا، ولم يتوقَّت[٣].

❁ قلنا: لأنَّ العقد ما انعقد إلَّا بها، فلا يبقىٰ إلَّا عليها ما بقي العقد، فلذلك اجتمع في اليوم الثَّاني تسميتان؛ لأنَّه ثبت أوّلًا، فيدوم كما ثبت[٤]، لا بعلَّة الثبوت.

وأما الثَّاني، فما ثبت إلَّا غدًا، فيكون وجوده اليوم[٥] علىٰ سبيل الابتداء،

---

[١] «ص» (حط).

[٢] «ص» (لا أن).

[٣] «ص» (يتوقف).

[٤] «ص» (لأن التسمية الأولىٰ ثبتت أوَّلا فتدوم).

[٥] «ص» (وأما الثانية فلا تثبت إلا غدا فيكون وجودها في اليوم الثاني).

فلا تثبت[١] إلَّا بعلَّة الابتداء، وهي التَّسمية، ولم توجد اليوم، بل وجدت غدًا بعلَّة التَّأخير، وإذا كان كذلك لم يبطل العقد في اليوم الأوَّل لعدم الجهالة.

بخلاف ما إذا قال لآخر: «خط هذا الثَّوب قميصًا غدًا بدرهم» فخاطه اليوم= استحقَّ الأجر. وإن كان لا يُروىٰ هذا الفصل عنهم؛ لأنَّ مقصود الأمر العمل، دون الأجل، ومطلق العقد لا يقتضي أجلًا[٢]. علم أنَّه أراد به ترفيه[٣] العامل فيه، لا إعدام العقد للحال، فثبت العقد حالًّا، ثمَّ تأجَّل العمل بعد ثبوت العمل، كالبيع بألفٍ إلىٰ أجلٍ.

فأما في مسألتنا هذه، فقد ذكر الحال بدرهمٍ، ثمَّ نقص لمكان التَّأخير، فثبت أنَّه معلَّقٌ بعدم العمل للحال، وأنه لم يتناول الحال.

وبخلاف[٤] البيع إلىٰ شهرٍ بألفٍ، وإلىٰ شهرين بألفين؛ لأنَّ الثَّمن لا يقابل تسليم المال الذي يوجد في الوقت، وإنَّما يقابل المبيع العين للحال، وإنه ثابتٌ مبيعًا للحال، فيجتمع إليه البدلان جميعًا؛ لأنَّهما لا يثبتان إلَّا بدلًا عنه ببيعه.

وفي مسألتنا نفس[٥] العمل الذي هو المبيع يوجد غدًا إذا لم يخطه اليوم، والتَّسمية الثَّانية تقابله[٦]، فأمكن إعدامه للحال، كما إذا آجر داره شعبان بدرهم ـ وهو في رجب ـ كان صحيحًا، وفي الحال لا مبيعٌ ولا ثمنٌ[٧]، وإنَّما يثبتان

---

[١] «أ» (فلا يثبت).
[٢] «أ» (أصلا)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٣] «ص» (توفية).
[٤] «ص» (فإنه لو لم يتناول الحال بخلاف).
[٥] «ص» (تعيين).
[٦] «أ» (يقابل)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٧] «ص» (لا مبيع إلا بثمن).

ابتداءً إذا جاء رجب[١] ، فثبت أن هذا ممكنٌ في الإجارات ، دون بيع العين.

وكذلك هذا في النِّكاح ، فإن التَّسمية الثَّانية معلَّقةٌ بشرط الخروج بها ، والمعلَّق بالشَّرط لا يوجد حكمًا ما لم يوجد شرطُه ، كالطَّلاق المعلَّق بالشَّرط.

وإذا كان كذلك لم يثبت الاجتماع إلَّا بعد أن يخرج بها ، وإن كان البدلان جميعا بدل ما ملك[٢] على المرأة ، وإنه ثابت للحال ، كما في بيع العبد.

بخلاف بيع العبد بألف إلى شهر وبألفين إلى شهرين ، فإن التَّسمية الثَّانية غير معلَّقة بشرط[٣] ، فإنها أثبتت كما أثبتت الأولى لا بشرطٍ زائدٍ ، وإنَّما فيه زيادة أجلٍ ، وكما أن أجل شهر لا يوجب تعليقًا ، بل الثَّمن يجب للحال ، ثمَّ تتأخَّر المطالبة ، فكذلك الثَّاني.

فجرى أبو حنيفة مجرى زفر في الأخذ بالقياس ، والعملِ بحقيقة الكلام ، إلَّا أنَّه خالفه في التخريج.

وكان ما ذهب إليه أبو حنيفة أدق وأحق ممَّا ذهب إليه زفر ، والله أعلم.

|١٠٥٥| مسألةٌ: إذا استأجر حانوتًا على أنَّه إن قعد خيَّاطًا فأجرة كلِّ شهر خمسة ، وإن قعد حدَّادًا فأجرة كلِّ شهر عشرة= كانت الإجارة فاسدة عندهم جميعا.

رجع أبو حنيفة وقال: يصح.

---

[١] «ص» (وإنما يثبتان أبدا إذا جاء شعبان). ولعله الأصح.

[٢] «أ» «ن» (مالك) ، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (غير مطلقة).

وجه قوله الأول: أنَّه هذه إجارة واحدة؛ لأنَّ المعقود عليه منافع الحانوت في الشَّهر، لا غير، وهي واحدة، فيكون العقد واحدا، وقد عقد بإحدىٰ تسميتين، فيبطل.

كما لو قال: «استأجرتك الحانوت للسكنىٰ[١] بدرهم أو بدرهمين»، وبيع عبد بألفٍ، أو بألفين، علىٰ ما مرَّ.

والدَّليل علىٰ الاتحاد: أنَّه لو سلَّم الحانوت إلىٰ المستأجر[٢]، ولم يسكنه العامل، وجب الأجر للحدادة كان أم للخياطة، فلما تقرَّر البدل بتسليم واحدٍ عُلم أن المبدَل واحدٌ فيهما جميعًا.

ووجه قوله الآخر: أن العقد عقدان، كلٌّ واحد بتسمية صحيحة، فيصح.

كما لو قال: «إن خطته فارسيًّا فلك درهم، وإن خطته روميًّا فلك درهمان» أو: «إن سكنت هذا الحانوت فبعشرة، وإن سكنت هذا فبخمسة».

والدَّليل علىٰ أن العقد عقدان: أن العقد تناول منافع الحانوت، والمنافع التي تستوفىٰ للخياطة غير المنافع التي تستوفىٰ للحدادة؛ لأنَّ التي تستوفىٰ [للخياطة لكينونة الحانوت ظرفًا للخياط، كما يكون ظرفا للثوب الذي يوضع فيه، والتي تستوفىٰ][٣] للحدادة مما تحرك[٤] البناء وتوهيه[٥]، فكانا جنسين مختلفين.

---

[١] «ص» زيادة (إلىٰ كذا).

[٢] «ص» (المستأجر العامل).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (يخرب).

[٥] «ص» (وتوهنه).

كما أن منافع حفظ الشَّيء تخالف منافع الخياطة التي تكون بحركة[١]، فثبت أنهما مختلفان معنى، فاختلف العقد عليهما أيضًا، وإن كان المحل واحدا كما في الفارسية والرومية أو استأجر رجلا يوما بدرهم إن سلم نفسه للحفظ وإن سلم للخياطة فبدرهمين.

فأما قولهم: «إنه لو سلم الحانوت ولم يعمل فيه العامل وجب الأجر» فنعم، لا بإزاء التَّسليم، ولكن لقيامه مقام الاستيفاء حكمًا، وإن عدم حقيقته[٢]. ثمَّ البدل بإزاء المنافع المستوفاة حكما، كما لو تحقق، وعند التحقُّق هما مختلفان.

❁ فإن قيل: فبماذا يقضى في مسألتنا هذه إذا سلم ولم يسكنه[٣] العامل.

❁ قلنا: بالأقلِّ؛ لأنَّه يقين، وفي الأكثر شكٌّ، والله أعلم.

[١٠٥٦] مسألةٌ: المكاتب إذا آجر داره ثمَّ عجز [ورُدَّ في الرق][٤] لم تبطل الإجارة عند أبي يوسف.

وقال محمد: تبطل.

وأما إذا استأجر ثمَّ عجز فلم يذكر في الكتاب اختلافا.

وكذلك إذا مات المكاتب عاجزا فلم يذكر في الكتاب اختلافا.

[١] «ص» (بكد اليد)، لعلها: بحركة اليد.
[٢] «ن» «ص» (حقيقة).
[٣] «أ» (يسكن)، والمثبت من «ص» و«ن».
[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

ومن مشايخنا من قال: إنهما على[١] الاختلاف.

وعلى هذا الاختلاف: إذا وهب للمكاتب هبة ثمَّ عجز.

قال أبو يوسف: لا يبطل حَقّ الرجوع.

وقال محمد: يبطل، وذهب إلى أن تصرُّف المكاتب يقع للمكاتب على أن يتحقَّق له الملك بالعتق؛ لأنَّه نفذ بحكم الفكاك الثَّابت بالكتابة، ومآل هذا الفكاك التَّمام بالعتق إذا أدَّى الكتابة، فالملك بحكم الفكاك يقع موقوفًا على التَّمام للمكاتب بالعتق، فلا يتبدَّل حكمه بالعتق، وإذا عجز انتقل إلى المولى بتبدُّل الحال التي أوجبها عقد الكتابة وانعقد العقد عليها.

لأنَّه بالعجز ينفسخ عقد الفكاك، ويصير كالعبد المأذون فيما مضى، فيصير للمولى بحكم خروج العبد عن أهليَّة الملك بانفساخ الكتابة، لا بحكم العقد الذي انعقد ابتداءً، فيصير في حكم الوارث الذي ينتقل إليه أملاك مورثه بحكم خروج الميِّت عن الأهليَّة [بالموت][٢]، لا بحكم العقد، فإنه انعقد موجبًا للمورِّث لا للوارث.

وإذا كان كذلك بطلت الإجارة والاستئجار، كما يبطل بموت الحرِّ، وبموت المكاتب عاجزا، وهذا لِمَا ذكرنا أن المنافع لا تقبل الانتقال عن ملك إلى ملك؛ لأنَّها ممَّا لا يبقى زمانين، فمتى صار المولى لا يستحقُّ[٣] المنفعة بحكم العقد ابتداءً؛ ولكن على سبيل الانتقال لخروج العاقد عن الأهليَّة= لم

[١] «ص» (هو على هذا).
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٣] «أ» «ن» (لاستحق)، والمثبت من «ص».

تقبل المنفعة نوع هذا الملك ، فيبطل كما يبطل بالإرث[١] .

وكذلك يبطل به حَقّ الرجوع في الهبة ، فإنه كما لا يبقىٰ إلَّا في ملك الهبة لم يبق إلَّا مع الموهوب له ، فلم يبق مع الوارث ، وإن انتقل إليه قديم[٢] الملك ، والمولىٰ ليس يثبت له الملك بحكم عقد الهبة علىٰ ما قرَّرنا .

وكذلك إذا آجر ؛ لأنَّ العقد إذا انعقد علىٰ أن لا يستحقَّ بالعقد إلَّا ما للمكاتب بحكم الفكاك ، دون أن يكون ذلك للمولىٰ ، وبالعجز يصير استحقاقًا [للمكاتب][٣] علىٰ المولىٰ ، كما في الحرِّ بعد الموت يصير استحقاقًا علىٰ الوارث ، بخلاف ما إذا أدَّىٰ المكاتب فعتق ؛ لأنَّ الملك تمَّ علىٰ موجب العقد ، فتقرَّرت أحكام ذلك الملك المتعلّقة بالملك والمالك جميعا .

ألا ترىٰ أن المكاتب إذا اشترىٰ جاريةً فحاضت عنده ، ثمَّ أدَّىٰ ، فعتق= لم يحتج إلىٰ استبراء جديد ، وبمثله لو عجز احتاج المولىٰ إلىٰ استبراءٍ جديد ، كالوارث مع المورِّث ، وكما لو تجدَّد السَّبب ، فإن وقوع الملك بسبب خروج المولىٰ[٤] عن الأهليَّة سببٌ جديدٌ في حَقِّ من يملكه[٥] ، وإنَّما لا يظهر تجدُّده في حَقّ المملوك الذي لا يتناوله ، فيظهر حكم التجدُّد فيما يتعلّق بالملك ، وبطلان الإجارة من تلك الجملة ، وكذلك بطلان الرُّجوع في الهبة .

ألا ترىٰ كيف بطلَا بالإرث .

---

[١] «ص» (في باب الإرث) .

[٢] «ن» (قد تم) .

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» .

[٤] «ص» (المالك) .

[٥] «أ» (يملك) . «ص» (فيكون السبب جديدا في حق من لا يملكه) ، والمثبت من «ن» .

وهذا بخلاف العبد المأذون يؤاجر داره، أو استأجر، ثمَّ حُجر عليه، فإن العقد يبقىٰ علىٰ ما كان؛ لأنَّ العقد انعقد علىٰ معنىٰ أن الملك يجب للمولىٰ، وعليه بالحجر يتقرَّر هذا الحكم.

وأبو يوسف يقول: إن العقد وقع حين وقع علىٰ أن يكون لكلٍّ واحد منهما حَقُّ ملكٍ فيما اكتسب المكاتب، دون الحقيقة، والحقيقة موقوفةٌ علىٰ ما يتبيَّن في الثَّاني، إما أن يصير للمولىٰ بالعجز، أو للعبد بالعتاق، وكذلك الاستحقاق علىٰ أن يكون علىٰ المولىٰ بالعجز، أو علىٰ المكاتب بالعتاق، فإذا تقرَّر الحق حقيقة بالعجز لم يكن تبدُّلًا، كما إذا تقرَّر بالعتق.

والدَّليل عليه: أنَّ المولىٰ إذا تزوج أمة مكاتبه[١] لم يصحّ، كالمكاتب نفسه، لقيام حَقِّ الملك، ولو كانت امرأة أحدهما [ثم اشتراها المكاتب][٢] لم يفسد النِّكاح لانعدام حقيقة الملك[٣]، إنَّما ينفرد المكاتب بملك التَّصرُّف واليد، كما ينفرد بهما العبد المأذون إذا كان عليه دين.

وهذا لأنَّ المكاتب مملوكٌ رقبةً كالعبد، حرٌّ يدًا كالحرِّ، فالتَّصرُّف الذي يملك باليد مما يختصُّ المكاتب به، وأما ملك العين فموقوفٌ علىٰ حسب صفة مملوكيته[٤] في نفسه، فإنه بين أن يؤدِّي فيعتق، فتصير نفسه له، وبين أن يعجز، فيُرَدَّ في الرِّقِّ، فيصير كالعبد.

---

[١] «ص» (مكاتبة).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] في حاشية «أ» زيادة (وكذلك قد كاتب عليه أبو المولىٰ وأرىٰ المكاتب لحق الملك ولا يعتق لانعدام الحقيقة). وفي «ص» (وكذلك مكاتب عليه أن المولىٰ قال للمكاتب ولا يعتق لانعدام الحقيقة)

[٤] «أ» «ن» (مملوكية)، والمثبت من «ص».

ولما توقفت حاله في نفسه للحال بين أن يعجز، فيكون فيما مضىٰ كالعبد المأذون، وبين أن يؤدِّي فيعتق، فيكون كالحر= كان وقوع الملك للحرِّ مِن حكم العقد ابتداءً، لا علىٰ سبيل الانتقال، ووقوع الملك للمولىٰ بتصرُّف العبد ابتداءً أيضًا، لا علىٰ سبيل الانتقال، حتَّىٰ كان تحقق الملك؛ لأنَّهما كان في الثَّاني موجبا بالعقد.

ألا ترىٰ أن العبد المأذون يستأجر، فيصحُّ، والملك يقع للمولىٰ في المنفعة. ولو كان علىٰ سبيل الانتقال لما وقع ـ وإن كان يتصرف لنفسه ـ بحكم الفكاك، كالمكاتب، فعلىٰ هذا يجب أن يكون الاستئجار بمنزلة العجز، فإن العبد المأذون إذا استأجر دارًا، ثمَّ مات= لم تبطل الإجارة.

ولم[١] يلزم علىٰ هذا مسألة الاستبراء؛ لأنَّ الاستبراء بعد ثبوت اليد، لا بعد الملك.

ألا ترىٰ أن من اشترىٰ أمةً واستبرأها قبل القبض لم يكتف به، وإن ملكها.

وقد ذكرنا أن المكاتب في حَقِّ اليد بمنزلة الحرِّ دون العبد، فصار الاستبراء في حَقِّ المكاتب بعد اليد، وفي حَقِّ المولىٰ قبل اليد، وإنَّما ينتقل إليه حكم اليد بعد العجز، فلم يكتف بما وُجد قبله.

والإشكال علىٰ هذا أن المكاتب إنَّما [يصير][٢] كالعبد، وتصرُّفه تصرُّف العبد بانفساخ الكتابة، والعقد أوجب موجبَه علىٰ حكمِ حالِ قيامِ الكتابة، وإذا كان حكم العبد إنَّما يثبت بشرط ارتفاع العقد[٣] لم يكن معتبرًا قبل الشَّرط، بل

[١] «ن» (ولا).
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٣] «ص» (الكتابة).

كان المعتبَر حال قيام الكتابة، لا غير.

فمحمد اعتبر حكم حال العقد، **وأبو يوسف** [اعتبر][١] حكم حال رقبته في نفسه، فإنَّ عتقها غير مستحقٍّ للحال عندنا، وإنَّما هو معلَّقٌ بشرط الأداء، وهذا المعنىٰ يُلحقه بالعبيد حتَّىٰ صحّ التَّكفير بإعتاقه، وأما حال يده الثَّابتة بالكتابة تُلحقه بالأحرار، فلذلك يجب التوقُّف والتردُّد.

ولم يجز أن يُجعل موجبُ عقدِه كلِّه بناءً علىٰ حال يده الثَّابتة [بالكتابة][٢]، بل جُعل موقوفًا لمعارضة حالِ رقبته حالَ يده، وحال رقبته وحال العبد المأذون سواءٌ، ولما تردَّد صار الموجب بلا توقُّفٍ ما يتبيَّن[٣] في الثَّاني.

ويجوز أن يقال: إنَّه يبطل بالموت عاجزًا بلا خلاف؛ لأنَّ العقد يقع له بلا تردُّد؛ لأنَّه يتصرَّف لنفسه مكاتبًا كان، أو عبدًا مأذونا، أو حرًّا، وإنَّما يختلف حكم الواجب بالعقد من الملك. ولما كان العقد يقع له بحكم الفكاك، لا بحكم النِّيابة، شُبِّه بالحرِّ فيه. ولما كان الملك ابتداءً يقع للمولىٰ في العبد شُبِّه في حَقّ الملك بالوكيل، وعلىٰ هذا يجب أن تبطل الإجارة بموت العبد المأذون أيضًا.

❊ فإن قيل: فأي فرقٍ يكون بين الموت وبين الحجر إذا قلتَ هذا؟

❁ قلنا: إن العبد يتصرَّف [لنفسه][٤] بحكم المالكيَّة علىٰ ما عرف، والموت يوجب نقل هذا المعنىٰ إلىٰ من يخلُفه علىٰ أنَّ المنتقَل إليه مالكٌ جديدٌ،

---

[١] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» «ن» (يتنىٰ)، والمثبت من «ص».

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

كالوارث مع المورِّث[١]، ولَمَّا تجدَّدت[٢] صفة المالكيَّة للمنتقل إليه، لم ينفذ عليه تصرُّفه بتلك الولاية التي كانت له بحقِّ ملكه.

فأما الحجر على العبد فلا يُثبِت حكمَ[٣] النَّقل وتجدُّدَ المالكيَّة بوجهٍ، بل يوجب التَّقرير على المولى ببطلان سبب الفكاك للعبد، وبالإذن السابق كان ملك التَّصرُّف على المولى، فإنَّ أكسابه كانت للمولى، فاستقام التنفيذ على المنافع التي تحدُث بعد الحجر[٤]، بناءً على ما أمضاه بحكم الإذن لَمَّا لم يتغير حكم ملك الكسب في نفسه بوجهٍ، ولم يثبت له حكم التجدُّد، وبالله التوفيق.

|١٠٥٧| مسألةٌ: إذا استأجر ظئرًا بطعامها وكسوتها بالمعروف جاز استحسانًا عند أبي حنيفة.

وقالا: لا يجوز قياسًا.

لأنَّ الأجرة مجهولة كما لو استأجر رجلًا لعملٍ معلومٍ بالطَّعام والكسوة.

إلا أنَّه يقول: إن الله تعالى شرع بدل الرَّضاع رزقًا وكسوةً بالمعروف بقوله[٥]: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، وأراد به بدل الرضاع.

ألا ترى كيف نقله إلى الوارث، ونفقة المرأة لا تنتقل إلى وارثه، وقد بينَّاه

[١] «ص» (الميت).
[٢] «أ» «ن» (ولا تجدد)، والمثبت من «ص».
[٣] «ص» (بحكم).
[٤] «ص» (التقييد على المنافع التي تنفذ لعدم الحجر).
[٥] «أ» «ن» (نقوله)، والمثبت من «ص».

في مسألة [نفقة][١] ذوي الرحم المحرم.

ولأن فرض النَّفقة رزقًا وكسوةً بالمعروف جائزٌ كما للمرأة وللولد، وقد شرع الله تعالىٰ ذلك كذلك، وبدَل الرضاع نفقة الولد؛ لأنَّ الأجرة تجب حين الإرضاع ساعة فساعة، والولد يتعيَّش بذلك، فصار بدل الرضاع بمنزلة طعام الولد، فصار فرض الرزق والكسوة للظئر بدَل الرضاع، والصبي يتعيش بما يجب له من الرزق[٢] والكسوة بمنزلة الفرض له مِن طريق المعنىٰ، وإن كان من حيث التَّسمية هو بدل الرضاع، فاستحسن أبو حنيفة الأخذ بالمعنىٰ.

[١٠٥٨] **مسألةٌ**: إذا استأجر امرأته لترضع ولده منها، أو لتخبز، أو تطبخ، أو تعمل شيئًا مما يعمله النساء عادة داخل البيت= كانت الإجارة فاسدة.

وقال الشَّافعي: جائزة(٣).

لأنَّ الرضاع وسائر أعمال البيت ليست علىٰ المرأة، ولا تُجبر عليها إذا امتنعت، وإنَّما يجب عليها بالنِّكاح تسليمُ نفسها للمتعة بها، لا غير. فأمَّا فيما وراء ذلك من منافعها فما هي داخلة[٤] تحت العقد، ولا مملوكٌ عليها ذلك، فيبقىٰ علىٰ ما كان عليه قبل العقد، وقبل العقد كان يجوز هذا العقد[٥]، فكذا بعده.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» «ن» (به الرزق)، والمثبت من «ص».

(٣) للشافعية في ذلك قولان: بصحة الإجارة، وعدمها. انظر: «بحر المذهب» للروياني (١١/٥٠٥)، و«نهاية المطلب» (٨/٧٩ ـ ٨٠)، و«كفاية النبيه في شرح التنبيه» (١٥/١٨٥)، و«جواهر العقود» (٢/١٧٧)، و«الوسيط في المذهب» (٦/٢٠٨).

[٤] «ص» وحاشية «أ» (بداخلة).

[٥] «ص» (هذه الإجارة).

دل عليه: لو آجرت نفسها لتطيين[١] السطح، أو للحصاد، فإنه يجوز لما ذكرنا، كذلك[٢] ههنا.

إلا أنا نقول: بأنها آجرت نفسها ببدل مستحَقٍّ[٣] لها قبل العقد، فلا يجوز، كما لو آجرت نفسها لعبدها[٤]، وهذا لا إشكال فيه.

وإنَّما قلنا ذلك؛ لأنَّ الله تعالىٰ أوجب لها رزقًا وكسوةً بالمعروف بقوله: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وذلك بدل الرضاع علىٰ ما قلنا.

وإذا ثبت هذا في الرضاع، فكذلك في سائر أعمال البيت استدلالًا به؛ لأنَّ رضاع ولده منها من جملة ما يطلب من النساء عادةً وشرعًا، فجعلت النَّفقة بسبب هذه الأعمال استحقاقًا، وإن لم تكن بدلًا عنها علىٰ سبيل المعاوضة.

كما يستحق العامل في الصَّدقات كفايته بالمعروف بسبب العمل، وإن لم يكن بدلًا عن العمل، حتَّىٰ لم يحلَّ للهاشمي، والأجرة تحلُّ له.

وإذا كان كذلك لم يجز العقد ببدلٍ واجب قبل العقد.

وقد روىٰ الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: أنها إذا آجرت نفسها لرضاع الولد في العدَّة عن بينونةٍ[٥] لم يجز؛ لبقاء النَّفقة حقًّا لها.

---

[١] «ص» (لتطييب).

[٢] في حاشية «أ» (هذا) أو كلمة نحوها.

[٣] «ص» وحاشية «أ» (واجب).

[٤] «أ» «ن» (بعبدها)، والمثبت من «ص».

[٥] في حاشية «أ» (فيه).

وعلىٰ ظاهر الرِّواية: يجوز؛ لأنَّ النَّفقة في تلك الحال تجب بسبب الاحتباس بحق النِّكاح، لا بسبب العمل؛ لأنَّها لا تعمل للزوج في العادة بعد الإبانة، ولا يطلب منها ذلك شرعًا، ولا عرفًا، وإذا لم يكن واجبًا بسبب العمل صحَّ العقد ليجب بسبب العمل، ويكونَ هذا غيرُ الواجب بسبب الاحتباس.

والإشكال عليه: أن النَّفقة تجب صلةً لها علىٰ ما مرَّ في كتاب النِّكاح، كالعمالة للعامل، لا عوضًا عن شيء آخر، وما يجب بالإجارة يجب عوضًا عن العمل، فيكون غير الصِّلة لا محالة، كالواجب بالهبة يكون غير الواجب بيعًا[١]، وإذا كان غير الصلة لم يكن استئجارا ببدلٍ واجب.

والجواب عنه: أنَّه يجوز أن يعتبر بالمعاوضة في حَقِّ الوجوب لتعلُّقه بالعمل، وبالصِّلات في حَقِّ الواجب لانعدام المعاوضة، ثمَّ يردُّ إلىٰ[٢] الإجارة في حَقِّ الوجوب دون الواجب[٣].

ووجه آخر: أن هذه الأعمال عليها للرجل قبل عقد الإجارة، فلا تجوز الإجارة علىٰ ما كان عليها قبل العقد.

كما إذا آجر عبدًا أوصىٰ بخدمته لرجل من ذلك الرجل بعينه، فإن الإجارة باطلة؛ لأنَّ الخدمة عليه للموصىٰ له قبل العقد. وكان بمنزلة من باع شيئًا من مالكه، فلا يصحُّ.

وكذلك الابن إذا آجر نفسه لخدمة الأب لم يجز؛ لأنَّ الخدمة عليه قبل العقد.

[١] «ص» (بها).

[٢] «ص» (لم يرد علىٰ).

[٣] في حاشية «أ» زيادة (ونزاعنا في الوجوب). وفي «ص» (وكلامنا في الوجوب).

وإنَّما قلنا: هذه الأعمال عليها لما روي عن رسول الله ﷺ **«أنه قسم الأعمال بين فاطمة وعلي فجعل أعمال داخل البيت على فاطمة وأعمال خارج البيت على علي رضي الله عنهما»**(١).

وكذلك هذه الأعمال مطلوبة من المرأة بحقِّ النِّكاح شرعًا وعرفًا. والنِّكاح كما يقصد للوطء، يقصد لمصالحَ داخلَ البيت من أمرِ الخبز والطبخ والكنس ونحوها، لا ينفك عقد عن هذه المقاصد[٢]، إلَّا أنها تبعٌ[٣] لمقصود المتعة، وذلك هو الأصل. وإذا كان كذلك صار عليها تبعًا للأصل أيضًا. وهي إذا امتنعت عنها تعنُّتًا أثمت، بخلاف ما قبل العقد، إلَّا أنها لا تجبر على ذلك في القضاء؛ لأنَّ المملوك عليها بحكم[٤] العقد[٥] في مقابلة المهر غير هذه [الأعمال][٦]، على ما بيَّنَّا في كتاب النِّكاح، وإنَّما هذه الأعمال تلزمها بحكم الازدواج الذي يثبت مشتركًا بين الرجل والمرأة، على ما بيَّنَّا في كتاب النِّكاح.

فأمَّا فيما بينها وبين الله فواجب عليها هذه الأعمال، كما يجب على الرجل

---

(١) رواه ابن أبي شيبة (٢٩٠٦٩، ٣٤٥٠٨)، وأبو نعيم في «حلية الأولياء» (٦/١٠٤)، وهو في «الزهد» لهناد بن السري (٢/٣٨٦)، و«المطالب العالية» (٨/٢٩٥، برقم: ١٦٤٩). ولفظ ابن أبي شيبة: حدثنا عيسى بن يونس، عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم، عن ضمرة بن حبيب، قال: «قضى رسول الله ﷺ على ابنته فاطمة بخدمة البيت، وقضى على علي بما كان خارجا من البيت من الخدمة»، والحديث مرسل، فضمرة بن حبيب من التابعين. انظر: «الطبقات الكبرى» (٧/٣٢٢)، و«ميزان الاعتدال» (٢/٣٣٠).

[٢] «ص» (المصالح).

[٣] «أ» (بيع).

[٤] «أ» (في حكم)، والمثبت من «ن».

[٥] «ص» (عليها بالعقد).

[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

حسن العشرة ـ وإن لم يلزمه في القضاء ـ، وكما يجب علىٰ الولد خدمة أبيه ـ وإن لم يلزمه في القضاء ـ، إذا كان للأب خدمٌ سواه، واستغنىٰ بهم عنه.

والشُّبهة أن الخدمة في الأصل واجبة علىٰ الابن لأبيه، وإذا احتاج إليها الأب أجبر الولد عليها، إلَّا أنها من فروض الكفاية، فتسقط عنه إذا وقعت الغنية بغيره، فمتىٰ ما أقامها بنفسه كان خروجًا عن الفرض.

كالجهاد الذي هو من فروض الكفاية ويسقط عنه بغيره، ولكن إذا أقام كان مؤدِّيًا فرضا، وكذلك صلاة الجنازة.

وهذه الأعمال ليست بفرضٍ عليها بحكم العقد، بدليل ما ذكرنا أنها لا تُجبر. وما[١] وجب بنفس العقد أُجبر الزَّوجان عليه؛ لأنَّه حَقّ العقد، والعقد لازم.

والجواب عنه: أنَّه يجبر[٢] علىٰ ما وجب بنفس العقد من ملك العوضين من المهر، وملك الحلِّ عليها. فأمَّا ما يجب بسبب الازدواج والوصلة، فيجب شرعًا تديُّنًا، لا مملوكا بنفس العقد، فلا يجبر الإنسان عليه مع الوجوب، كما لا يجبر علىٰ التكفير، ونفس الوجوب يمنع الاعتياض عليه، وإن كان لا يجبر عليه.

❊ فإن قيل: المرأة قد تكون كتابية، فالوجوب ديانةً لا يتصوَّر في حقِّها.

۞ قلنا: لسنا نعني بقولنا: «ديانةً»، أنه[٣] يقع موقع العبادة، وكيف يكون عبادة، وإنما[٤] تعمل للزوج، ولكن الوجوب من طريق الدِّين، لا مِن طريق أن

[١] «أ» «ن» (علىٰ ما)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (عيّن).

[٣] «ص» زيادة (أنها تجب عبادة).

[٤] «ن» «ص» (وإنها).

الزَّوج ملك [عليها هذا][١] حكمًا لملكه عليها.

ألا ترىٰ أن الابن الكافر إذا خدم[٢] أباه المسلم بأجرٍ لم يصحَّ. والوجوب تمَّ من طريق التديُّن، وكما يجب بالتديُّن ترك الإيذاء للناس، والأخذ بمكارم الأخلاق. والكافر مخاطب به كما يخاطب المسلم، والله أعلم.

|١٠٥٩| **مسألةٌ**: إذا استأجر رجلًا ليحمل كتابه إلىٰ فلان بمكان كذا، فحمله، فوجده ميِّتًا، فعاد بالكتاب= لم يستحقَّ الأجر عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: استحقه[٣]؛ لأنَّ المعقود عليه من العمل الحمل إلىٰ فلان بقدر التمكُّن[٤]، فإنه من الجائز أن يجده غائبًا أو ميِّتًا، فلا يمكنه التَّسليم إليه.

ألا ترىٰ أنَّه لو تركه ثَمَّ[٥] استحقَّ الأجر، ولا تسليم إليه في الترك، والحمل إلىٰ ذلك الموضع قد حصل فاستحقَّ الأجر، كما لو تركه، وعاد بنفسه.

وهذا بخلاف ما إذا استأجره لحمل طعامٍ إلىٰ موضع، فحمل، ثمَّ ردَّ، فإنه لا أجر له؛ لأنَّ الواجب من الأجر في حمل الطَّعام بإزاء حمله، وصيرورة الطَّعام محمولًا إلىٰ المكان الذي عيَّنه؛ لأنه يفعل ذلك لغرض فيه بعينه[٦]، لأنَّ القيم

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» «ن» (عدم)، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (يستحق).

[٤] «ص» (الممكن).

[٥] «ص» (هناك).

[٦] «ص» (الغرض فيه لعينه).

متفاوتة في الحمل[١]، فإذا ردّه فقد أبطل هذا الوصف من الطّعام، وبه كان استحقَّ الأجر فسقط بالنقص[٢]، كالخياط إذا خاط ثمَّ نقض.

فأمّا الأجر[٣] في الكتاب فليس يجب بإزاء إثبات صفة الحمل للكتاب إلىٰ ذلك الموضع؛ لأنه لا فائدة فيه، ولكن للاتِّصال إلىٰ المكتوب إليه لمقصود[٤] الإعلام بما فيه، وقد سقط هذا المعنىٰ لَمَّا وجده ميتًا أو غائبًا، فتمَّ العمل بدونه، كأنَّه وجده، وسلَّم إليه، فلا يبطل الأجر بالردِّ، وإن نقَص صفة الحمل؛ لأنه لم يجب بإزائه، كما لو ورَدَ بعد ما قرأه المكتوب إليه[٥]، وكما لو أرسل إليه بأجر، فلم يجد، فعاد، لم يسقط الأجر.

إلا أنهما يقولان بأنَّ المقصود من الحمل إعلام الرَّجل[٦] بما فيه، وذلك بالتَّسليم إليه، وسببه[٧] الحمل إلىٰ ذلك المكان، فصار الأجر في مقابلة كتابٍ حُمل إليه، فهو سببُ العلم، فإذا ردَّ الكتاب نقض[٨] بعض ذلك الوصف مع إمكان تقريره، فسقط الأجر، كما في مسألة الطّعام، بخلاف الرسالة؛ لأنه لا يمكنه أن يعود ويترك لسانه ثَمَّ، فلا يلزمه إلَّا بقدر الممكن.

❊ فإن قيل: فأيُّ فائدةٍ في الترك؟

[١] «ص»، «أ» (لأن الفهم يتفاوت بالحمل).

[٢] «أ» «ن» (بالبعض)، والمثبت من «ص». والأقرب أنها: النقض. والله أعلم.

[٣] «ص» (الأجير).

[٤] «أ» (بمقصود)، «ص» (المقصود)، والمثبت من «ن».

[٥] «ص» (بعد قراءة المكتوب إليه بما فيه).

[٦] «ص» (المكتوب إليه).

[٧] «ن» (وبسببه).

[٨] «ن» (نفذ). «ص» (فإذا رده فقد نقص ذلك).

۞ قلنا: في الأصل الترك مفيد؛ لأنه يحصّل القراءة والعلم، وإنَّما سقطت[١] في مسألتنا هذه بسبب غيبة المكتوب إليه أو موته، ولما كان مفيدا قابل الأجرُ الكتابَ المحمول إليه، وتعلَّق به، ثمَّ السُّقوط بعد ذلك بالردِّ[٢]؛ لأنه نقض[٣] عمله الذي تعلّق البدل به، وإن كان لا يتضرَّر به الأجير[٤]، أو كان لا ينتفع به لو تركه هناك، فإنَّ استرداد المعقود عليه سببٌ لبطلان ما[٥] تعلَّق به من الأجر[٦] في هذا الباب لفوات العلَّة، لا لفائدةٍ جديدة.

وفي باب الرسالة لَمَّا لم يكن في وسعه ترك لسانه دونه، ولا يخاطَب إلَّا بما في وسعه= لم يتعلَّق بقاء وجوب الأجر ببقاء ما تعلَّق به العمل[٧] في ذلك المكان، فلم يبطل ببطلانه، كما لا يبطل في مسألتنا هذه بترك الإيصال إلى المكتوب إليه لَمَّا لم يكن في وسعه ذلك حال الموت، ولو وجده حاضرا فلم يوصل [إليه][٨] لم يجب الأجر.

|١٠٦٠| **مسألةٌ**: إذا استأجر فُسطاطا فآجره[٩] غيره، أو أعاره= ضمن، ولم يلزمه الأجر عند أبي يوسف.

---

[١] «ص» (يسقط).
[٢] «ص» (بالزيادة).
[٣] «ص» (نقص).
[٤] «ن» (إلا خبر)، «ص» (المستأجر).
[٥] «أ» (مما).
[٦] «ص» (البدل).
[٧] «ص» (العلم).
[٨] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».
[٩] «أ» «ن» (فآجر)، والمثبت من «ص».

وقال محمد: لزمه الأجر، ولا ضمان عليه.

وذلك؛ لأنَّ منفعة الفُسطاط(١) السكنىٰ كمنفعة البيت، فتقبل الإجارة من غيره، والإعارة.

ألا ترىٰ أن له أن يسكِن مع نفسه من شاء، فلأَنْ يقبل دونه أولىٰ.

وكذلك إذا استأجر فُسطاطا ولم يبيِّن من يسكنه صحَّ، ولو كان مما يختلف فيه النَّاس لم يصحّ إلَّا بعد بيان الساكن، كما في الركُّوب واللُّبس.

إلا أنا نقول: إن النَّاس يتفاوتون في النَّصب والرَّفع، ولابدَّ من ذلك للسُّكنىٰ فيه، ولا يصحّ التَّفويض إلىٰ غيره، كما في الرُّكوب واللبس. إلَّا أنَّه إذا استأجر ولم يبيِّن من ينصبه صحّ للعرف القائم أنَّ المستأجر هو الذي ينصبه، أو يكون بين يديه وتدبيره، أو يتولَّاه ثقة له من أعوانه قد عيَّنه[٢] لذلك.

ولهذا ملك أن يعير غيره بعدما نصبه؛ لأنَّه لا تفاوت في السكنىٰ نفسها، والله أعلم.

[١٠٦١] مسألةٌ: إذا استأجر رجلًا ليحمل له الخمر صحَّ عند أبي حنيفة.

وقالا: لا يصح؛ لأنَّ الخمر في العادة يحمل للشرب، وذلك معصية، والإجارة علىٰ المعاصي باطلة؛ لأنَّها عملٌ حرامٌ، فيحرم بيعه، كما يحرم بيع الميتة.

---

(١) الفُسْطاطُ: ـ بضم الفاء وفتحها ـ بيتٌ من شَعَرٍ. انظر: «الصحاح» (١١٥٠/٣)، وفي «طلبة الطلبة» (ص: ٥١): «هِيَ الْخَيْمَةُ الْعَظِيمَةُ».

[٢] «أ» «ن» (أعوانه ورعيته)، والمثبت من «ص».

ولهذا قالا: بيع العصير ممن يتّخذه خمرًا لا يحلُّ ؛ لأنّه معصية ، ولأن باب الخمر مغلَّظٌ حكمُه ، فيصير المسبِّب فيه بمنزلة المباشر تغليظًا.

ولهذا لعن النّبيّ ﷺ في الخمر عشرةً منها: «العاصر والساقي»[1] ، بخلاف

(١) رواه أحمد (٤٧٨٧) ، وأبو داود (٣٦٧٤) ، وابن ماجه (٣٣٨٠) ، والحاكم في «المستدرك» (٢٢٣٥) ، عن ابن عمر ﷺ ، ولفظ ابن ماجه: عن عبد الرحمن بن عبد الله الغافقي ، وأبي طعمة مولاهم أنهما سمعا ابن عمر ، يقول: قال رسول الله ﷺ: «لعنت الخمر على عشرة أوجه: بعينها ، وعاصرها ، ومعتصرها ، وبائعها ، ومبتاعها ، وحاملها ، والمحمولة إليه ، وآكل ثمنها ، وشاربها ، وساقيها». قال ابن الملقن في «تحفة المحتاج» (٢٢٣/٢): «رواه أبو داود ولم يضعفه وفي إسناده عبد الرحمن الغافقي قال ابن معين: لا أعرفه. وذكره ابن يونس في تاريخه ، وأوضح أنه معروف ، وذكره الحاكم في مستدركه شاهدا لحديث ابن عباس بمثله...». وانظر: «نصب الراية» (٢٦٤/٤) ، و«البدر المنير» (٦٩٨/٨) ، و«الدراية في تخريج أحاديث الهداية» (٢٣٥/٢).
ونحوه عن أنس بن مالك ﷺ ، رواه الترمذي (١٢٩٥) ، وابن ماجه (٣٣٨١) ، ولفظ الترمذي: حدثنا عبد الله بن منير ، قال: سمعت أبا عاصم ، عن شبيب بن بشر ، عن أنس بن مالك قال: «لعن رسول الله ﷺ في الخمر عشرة: عاصرها ، ومعتصرها ، وشاربها ، وحاملها ، والمحمولة إليه ، وساقيها ، وبائعها ، وآكل ثمنها ، والمشتري لها ، والمشتراة له».
قال الترمذي: «هذا حديث غريب من حديث أنس ، وقد روي نحو هذا عن ابن عباس ، وابن مسعود ، وابن عمر ، عن النبي ﷺ». وقال ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٢٠٠/٤): «رواه الترمذي وابن ماجه ورواته ثقات». وانظر: «بيان الوهم» (٥٨٧/٣) ، و«البدر المنير» (٧٠٠/٨) ، و«نصب الراية» (٢٦٤/٤) ، و«الدراية في تخريج أحاديث الهداية» (٢٣٥/٢).
وأما حديث ابن عباس ﷺ: فرواه أحمد (٢٨٩٧) ، وابن حبان (٥٣٥٦) ، والحاكم (٢٢٣٤) عن ابن عباس أن كان يقول: إن رسول الله ﷺ أتاه جبريل فقال: «إن الله لعن الخمر ، وعاصرها ، ومعتصرها ، وحاملها ، والمحمولة إليه ، وشاربها ، وبائعها ، ومبتاعها ، وساقيها ، ومسقاها». قال الحاكم في «المستدرك» (٣٧/٢): حديث صحيح الإسناد ، ولم يخرجاه ، ووافقه الذهبي. وانظر: و«البدر المنير» (٧٠٠/٨) ، و«نصب الراية» (٢٦٤/٤) ، و«الدراية في تخريج أحاديث الهداية» (٢٣٥/٢).
وأما حديث ابن مسعود ﷺ: فرواه البزار (٣٩/٥ ، برقم: ١٦٠١) ، والطبراني في «الكبير»=

الإجارة لحمل الميتة ؛ لأنَّها لا تُحمل إلَّا لتطهير المكان ، وذلك طاعة.

ولأبي حنيفة: أن نقْل الخمر عملٌ ، ولا معصية في نفسه ؛ لأنَّه يحل إمساكه ونقله للتخليل ، وإنَّما يحرم للشرب ، والشرب عملٌ آخرُ غيرُ الحمل ، فتكون الحرمة لمعنىً آخر في غير النَّقل ، فيصير هذا من قبيل البيع وقتَ النداء يومَ الجمعة ، فإنَّ عين البيع حلال[1] وإنَّما الحرمة لتركه السَّعي ، وهو غير البيع ، وكذلك بيع العصير ممن يتَّخذه خمرًا ، فاتِّخاذه خمرًا غيرُ بيع العصير ، فكانا غيْريْن.

هذا هو القياس ، وما قالاه استحسانٌ لتغليظ [باب][2] الخمر ، والله أعلم.

[١٠٦٢] مسألةٌ: إذا استأجر رجلًا ليخيط له هذا الثَّوب قميصًا اليوم بدرهمٍ كانت الإجارة باطلة عند أبي حنيفة.

وعندهما: تجوز.

لأنه ذكر عملًا معلومًا لو أفرده عن بيان الوقت يصحُّ[3] ، فذكْر الوقت لا يفسده.

كما إذا استأجر ثورًا ليطحن له قفيزًا(٤) اليوم بدرهمٍ.

= (١٠٠٥٦). قال الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٥/٧٣): «رواه البزار ، والطبراني ، وفيه عيسىٰ بن أبي عيسىٰ الخياط ، وهو ضعيف». وانظر: «العلل» لابن أبي حاتم (٤/٤٥٠) ، و«البدر المنير» (٨/٧٠٠).

[1] «ص» ، «أ» (فلا يحرم بيعه ، كما حل البيع وقت النداء يوم الجمعة ؛ لأن عينه حلال).

[2] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص».

[3] في حاشية «أ» (يجوز). «ص» (لصح).

(٤) القَفيزُ: مكيال مشهور ، يجمع علىٰ أقفزة وقُفْزَان ، وسعته ثمانية مكاكيك ، والمكوك صاع ونصف.=

أو قال لخيَّاط: «إن خطت هذا الثَّوب قميصًا اليوم بدرهم» صحَّ.

ولا فرق بينهما إلَّا من حيث شرَط، وهذا الشَّرط لا يزيد صحَّة؛ لأنَّه خطر[١]، وفيه فساد في الأصل.

وكذلك إذا استأجر رجلًا ليرعىٰ له هذه الأغنام شهرًا بعشرة دراهم كان صحيحًا.

وهذا، لأنَّ مقصود المستأجر العمل نفسه. وإنَّما ذكْر الوقت منه لتعجيل العمل فيه، لا لقصْر العمل فيه، والتَّعجيل لا يغيِّر المعقود عليه عن حاله؛ لأنَّه بلا شرطٍ يجب تعجيله إذا كان العقد مطلقًا، وكان آثمًا في التَّأخير.

وأبو حنيفة يقول: إن المعقود عليه مجهولٌ، فلا يجوز، كما لو باع أحد عبديْه، أو أحد ثوبيْه أو آجر إحدىٰ داريْه.

وإنَّما قلنا ذلك؛ لأنَّ قوله: «استأجرتك لتخيط هذا الثَّوب قميصًا»، إجارة تامة، وتناول العقد خياطةً محلُّها الثَّوب، دون ما سواها من منافعه.

وقوله: «استأجرتك لتخيط لي هذا اليوم بدرهم» يتناول منافعه التي تكون منه في اليوم في حلّ الثَّوب[٢] أم لا، دون ما سواها مما يتَّصل بالثَّوب، أو لا يتَّصل فيما عدا اليوم، وما يحلّ الثَّوب متىٰ ما كان غير[٣] ما يحدث منه في اليوم،

= انظر: «الصحاح» (٣/٨٩٢)، و«الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي» (ص: ١٤٠)، و«المطلع علىٰ ألفاظ المقنع» (ص: ٢٥٨).

[١] «ص» (من حيث إن هذا الشرط لا يزيد صحة؛ لأنه حط).

[٢] «ص» (التي تكون في اليوم حل بالثوب).

[٣] «ص» (بالثوب متىٰ كان هو غير).

وإن لم يتَّصل بالثَّوب، وإذا[١] كانا غيرين، والعقد تناول أحدهما بالإجماع، وليس أحدهما أولىٰ من صاحبه من حيث التَّسمية، ولا من حيث منازعتها[٢]؛ لأنَّهما متعاوضان ينزَّلان منزلةً علىٰ السواء، والمؤاجر[٣] يريد ما يحل بالثَّوب؛ لأنَّ فائدته فيه، والمستأجَر[٤] يريد ما يتوقَّت باليوم ليستحق الأجر بالتَّسليم، وإن لم يعمل صار المعقود عليه مجهولا.

كما في إجارة إحدىٰ الدَّارين، أو قوله: «آجرتك هذا الشَّهر أو الشَّهر الثَّاني بكذا» فإنه لا يصحُّ.

دلَّ عليه: أن الإجارة بذكر الوقت وحده تقع علىٰ منافع الأجير فيه لا غير، دون العمل، والإجارة الأخرىٰ تقع علىٰ صيرورة الثَّوب قميصًا، دون منافعه، فإنه لو استعان بغيره حتَّىٰ خاط استحقَّ الأجر، وإن سلَّم [الأول][٥] نفسه وخاط غيره لم يستحقَّ شيئًا، فدلَّ أن العقد وقع علىٰ صيرورة الثَّوب قميصًا.

وأما إذا قال: «إن خطته اليوم قميصًا فبدرهم» فإنَّما جاز إذا أعقبه بقوله: «وإن خطته غدا فبنصف درهم» حتَّىٰ دلَّ نقصان البدل بالتَّأخير علىٰ أن [ذكر][٦] الوقت الأوَّل كان للتعجيل، لا لتقدير المنفعة به. وإذا لم يكن للتَّقدير لم يصر الوقت معقودًا عليه، ولا دلالةَ عليه من حيث النَّصِّ في مسألتنا هذه، فيبقىٰ

[١] «ص» (إذا).

[٢] «ن» (منازعتهما).

[٣] في «ص» وحاشية «أ» (والمستأجر).

[٤] «ص» (والمؤاجر).

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

مقصود المستأجر. فإن مقصوده إنَّما يتوفر [بالتَّعجيل، ومقصود المؤجر[١] مقابله، فإنه إنَّما يتوفر][٢] في وجوب الأجر بجعل الوقت معقودًا عليه.

وأما مسألة الثَّوب، فيجوز أن يكون على الاختلاف، لا وجه له غير ذلك[٣].

وأما مسألة الرَّعي فغير لازمة؛ لأنَّه لو استأجر للرَّعي شهرًا بكذا [ولم يبيِّن الأغنام][٤] لم يجز، ولو بيَّن الأغنام ولم يبيِّن الوقت لم يجز أيضًا، فالعمل لا يصير معلومًا من حيث الرَّعي إلَّا ببيان الغنم والوقت جميعًا، فلا يصير المعقود عليه اثنين بالبيان، بل يكون واحدا، وأما[٥] العمل والوقت إعلام له، أو منافعه في الوقت والغنم إعلام له[٦]، وإذا كان كذلك صحَّ العقد، وجعل ما بدأ به أصلًا، إلَّا أن يأتي ببيان شافٍ في آخره، فيصار إليه، ويترك الاستدلال[٧] بالبداية.

وفيما نحن فيه كلٌّ واحد منهما يصلح معقودًا عليه، فلا يمكن من اعتبار العقد، وجعل[٨] أحدهما صفةَ الآخر. ولم تثبت صفة إلَّا بنص[٩] زائد على

[١] «ص» (المؤاجر).

[٢] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٣] «ص» (فعلى هذا الاختلاف هكذا ذكر في آخر كتاب الإجارات، ولا وجه له غير هذا).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٥] كذا في النسخ، ولعلها: (إما).

[٦] «ص» (وأما منافعه في الوقت والغنم إعلام، فالوقت إعلام له).

[٧] «ص» (الاستقلال).

[٨] «ص» (في اعتبار صفة العقد جعل).

[٩] «ص» (الأبيض).

مطلق العقد يدلُّ عليه، كما في مسألة الخياط: «إن خطته اليوم فبدرهم وغدا فبنصف»، والله أعلم.

[١٠٦٣] مسألةٌ: إذا استأجر لبَّانًا لم يكن عليه التشريج[١] عند أبي حنيفة.

وعندهما: يكون عليه.

لأن تمام العمل في العرف بالتشريج فصار عليه، كما لو استأجر لبَّانا ليطبخ له الآجر، فإن الإخراج من الأَتُّون(٢) بعدما برَد عليه؛ لأنَّ تمامه به في العرف.

وكذا إخراج الخبز من التنُّور على الخبَّاز.

إلا أنا نقول[٣]: إن عمل التَّلبين يتم بإقامة اللَّبِن وتسويته[٤]، والتشريج من [جملة][٥] الإحراز؛ لأنَّه إنَّما يحرز بالشرج[٦]، لا بالبيوت.

---

[١] «أ» «ن» (التسريح) في جميع المواضع، والمثبت من «ص»، وقد اتفقت الأخيرة مع بقية النسخ ـ بإثبات الكلمة بالحاء ـ في بقية المواضع، وأثبت الصحيح دون تنبيه فيما يأتي. والتشريج: جعل اللَّبِن بعضه على بعض، وتنضيده. انظر: «العين» (٦/٣٣)، و«مجمع الأنهر» (٢/٣٧٣)، و«طلبة الطلبة» (ص: ١٢٩).

(٢) الأَتُّون على وزن فَعُّول: موقد النار، وهو للحمّام، ويستعار لما يطبخ فيه الآجر. انظر: «المغرب في ترتيب المعرب» (ص: ١٨)، و«طلبة الطلبة» (ص: ١٢٩). وفي «مختار الصحاح» (ص: ١٣): «الْأَتُّونُ: بِالتَّشْدِيدِ الْمَوْقِدُ، وَالْعَامَّةُ تُخَفِّفُهُ وَجَمْعُهُ (أَتَاتِينُ). وَقِيلَ هُوَ مُوَلَّدٌ». وانظر: «لسان العرب» (١٣/٧).

[٣] «ص» (أنه يقول).

[٤] «ص» (وتسوية أطرافه).

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٦] «أ» «ن» (بالسرح). وكذا فيما بعده. وفي «ص» (بالتسريح).

ألا ترى أن اللَّبِن [إنما][1] يتَّخذ للمرمَّة، والأخذ من الشرج[2] ومن موضعه بعد الإقامة على السَّواء، فأمَّا قبل الإقامة فبعدُ لم يتمَّ العمل؛ لأنَّه لا يصلح للمرمَّة كذلك، ولابدَّ من [تسوية أطرافه، والفصل عن الأرض، كما لابدَّ من فصل الخبز عن التنور ليتهيأ للأكل، إلَّا أن الإخراج عليه بعد الفصل؛ لأنَّ في الترك إحراقًا.

وكذلك في أخذه من التنُّور ضرب تكلُّفٍ ما جرت العادة بمثله أكلًا.

وكذلك في أخذ الآجر من الأُتون ضرب تكلُّف ما تُعورف الأخذ منها للمرمَّة، فكان الإخراج ليتهيَّأ الانتفاع[3] به بمنزلة عمل التَّلبين وتحصيل الصورة[4]، فأمَّا ما يكون إحرازًا فليس بسببه[5] لعمل تحصيله.

[١٠٦٤] مسألةٌ: إذا استأجر رجلا ليحجّ عنه أو يعلمه القرآن لم يصحَّ.

وقال الشَّافعي: يصح(٦).

لما روي عن النَّبيّ ﷺ «أنه زوَّج رجلًا امرأةً بما معه من القرآن»(٧) أي

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (التسريح).

[٣] «ن» (للانتفاع).

[٤] في حاشية «أ» (وقد يحصل الوصف الذي به يتناول للمرمة فجرى مجرى تحصيل الصورة).

[٥] «ن» (بشبهٍ).

(٦) انظر: «الأم للشافعي» (٢/١٣٥)، و«الحاوي الكبير» (٤/٢٥٧)، و«نهاية المطلب في دراية المذهب» (٤/٣٦٧).

(٧) رواه البخاري (٥٠٢٩)، ومسلم (١٤٢٥) عن سهل بن سعد ﷺ، ومن الألفاظ التي ذكرها البخاري للحديث: عن سهل بن سعد، قال: أتت النبي ﷺ امرأة، فقالت: إنها قد وهبت نفسها=

بتعليم ما معه، فلولا أن التَّعليم عملٌ يجوز[١] الأجر عليه، وإلا لما صلح مهرا.

وروي أن بعض الصحابة رقى رجلًا بفاتحة الكتاب بقطيع[٢] من الغنم، فبلغ رسول الله ﷺ، فلم ينكر عليه(٣). والرقية طاعة، ولأن العمل الذي شرط عليه[٤] معلومٌ، وهو ملكه، فإذا أمكنه التَّسليم إلى المستأجر بحقّ العقد صحّ أخذ الأجر عليه.

دليله: إذا آجر نفسه لبناء المسجد والرباط وسائر الإجارات.

وإنَّما قلنا: «العمل معلوم»؛ لأنَّ عمل الحجّ معلوم، وتلك المنافع للعامل لا حقَّ للآمر فيها، وأمكنه التَّسليم إليه.

بدليل: أن الحجّ سقط[٥] عن الآمر[٦] بما فعله المأمور، فعلمنا أنَّه قد حجّ

= لله ولرسوله ﷺ، فقال: «ما لي في النساء من حاجة»، فقال رجل: زوجنيها، قال: «أعطها ثوبا»، قال: لا أجد، قال: «أعطها ولو خاتما من حديد»، فاعتل له، فقال: «ما معك من القرآن؟» قال: كذا وكذا، قال: «فقد زوجتكها بما معك من القرآن».

[١] في حاشية «أ» (أخذ).

[٢] في حاشية «أ» (بقطيعة).

(٣) القصة رواها البخاري (٥٠٠٧)، ومسلم (٢٢٠١) عن أبي سعيد الخدري ﷺ، ومن ألفاظ البخاري: عن أبي سعيد الخدري، قال: كنا في مسير لنا فنزلنا، فجاءت جارية، فقالت: إن سيد الحي سليم، وإن نفرنا غيب، فهل منكم راق؟ فقام معها رجل ما كنا نأبنه برقية، فرقاه فبرأ، فأمر له بثلاثين شاة، وسقانا لبنا، فلما رجع قلنا له: أكنت تحسن رقية ـ أو كنت ترقي؟ ـ قال: لا، ما رقيت إلا بأم الكتاب، قلنا: لا تحدثوا شيئا حتى نأتي ـ أو نسأل ـ النبي ﷺ، فلما قدمنا المدينة ذكرناه للنبي ﷺ فقال: «وما كان يدريه أنها رقية؟ اقسموا واضربوا لي بسهم».

[٤] في حاشية «أ» (الأجر).

[٥] «ن» (يسقط).

[٦] في حاشية «أ» (إلا).

عنه وناب فيه.

ولذلك[١] التَّعليم يصير معلومًا بذكر[٢] الوقت، ويصير مسلِّما بتسليم نفسه في المدَّة، كما في سائر الإجارات المؤقَّتة، وذلك التَّسليم يقع للآمر؛ لأنَّ الفائدة كانت ترجع إليه لو انتفع بتعليمه وتلقَّن منه، كما في تعليم الأدب، وما ليس بقرآن.

وأما الإجارة على الأذان فقد اختلف [فيها][٣] مشايخهم: فمنهم من جوَّزها، ومنهم من لم يجوِّزه[٤]؛ لأنَّ الأذان مشروعٌ على كلِّ من يصلي الفرض، ولكنَّه مما يَسقط عنه بفعل البعض، كما[٥] في فروض الكفاية.

فإذا أتى بنفسه قبل غيره صار][٦] مؤدِّيًا ما عليه في الشَّرع[٧]، ولم يصر نائبًا عن غيره، فلم يصحّ [أخذ][٨] الأجر عليه، لا لكونه طاعة، ولكن لعمله لنفسه.

ولأن فائدة الأذان كثرة الجماعة، وإقامة الصلاة بسنَّةٍ[٩]، وهذه الفائدة تحصل له أوَّلًا، ثمَّ لغيره تبعًا له، لا أن يحصل[١٠] للآمر.

---

[١] في حاشية «أ» (عمل).

[٢] في حاشية «أ» (بذلك).

[٣] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٤] في حاشية «أ» (من قال لا نجوزه).

[٥] في حاشية «أ» (قيل).

[٦] ما بين [ ] من قوله في المسألة السابقة (تسوية أطرافه) ليس في «ص».

[٧] «ص» وحاشية «أ» (أصل الشرع).

[٨] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٩] «ص» (الجماعة سنة).

[١٠] «ص» (يجعل).

وكذلك الجهاد من فروض الكفاية ، فإذا أقامه بنفسه صار مؤدِّيًا ما عليه لله تعالىٰ.

ولأن الحكمة فيه نصرة دين الله تعالىٰ ، وإعلاء كلمة الله ، وذلك يحصل له بحق دينه ، لا أن تكون الفائدة لغيره بجهاده.

فأما المقصود من التَّعليم علم المتعلم ، وذلك يحصل للمتعلم ، لا له.

وكذلك المقصود من الحجّ سقوط الفرض ، وإنَّما يسقط عن الآمر ، لا عنه.

ولا معنىٰ لقولكم: «إن التَّعليم من فروض الكفاية» ؛ لأنَّ الفرض هو الدَّعوة والبلاغ[١] ، والتَّعليم عمل زائدٌ علىٰ هذا.

ألا ترىٰ أن الإبلاغ إنَّما يكون بلسان القوم ، وبألسنتهم بلَّغ رسولُ الله ﷺ ، وتعليم القرآن لا يكون إلَّا بما أنزل.

ألا ترىٰ أن النَّبيّ ﷺ بلغ النَّاس كافة ، ولم يعلِّم ، حتَّىٰ أن الدَّعوة لا تصحّ من الكافر ، والتَّعليم حرفا حرفا[٢] يصحّ من الكافر ، ويجوز له أخذ الأجر عليه ، ويتبيَّن بتصوُّر التَّعليم من الكافر أنَّه ليس يقع طاعةً للفاعل[٣] ، كبناء الرباط والمساجد.

وكذلك قلتم في الإجارة علىٰ الحج: «إنها فاسدة ، وإذا حجّ المأمور [عنه][٤]

---

[١] «ص» وحاشية «أ» (والإبلاغ).

[٢] «أ» (فحرفا).

[٣] «أ» (من الفاعل) ، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] ما بين [ ] ليس في «ن». وفي «ص» (عن الآمر).

استحقَّ أجر المثل» ، وأجر المثل عندكم لا يجب إلَّا بحكم العقد[١] علىٰ العمل بدلًا عما يجب في الصَّحيح منه علىٰ سبيل المعاوضة.

وكذلك قلتم إذا خالف المأمور أمره: «ضمِن له ما أخذ منه» ولو كان العمل للعامل حالَ الوفاق لما ضمن حالَ الخلاف.

واحتجَّ علماؤنا بما روي عن رسول الله ﷺ أنَّه قال لمرداس المعلم: «إيَّاك وخبز الرقاق، والشَّرط علىٰ كتاب الله»(٢) ، فنهاه عن أخذ الخبز الرِّقاق ولم يظهر له سبب إلَّا كونه معلما ، فوجب حمل النَّهي عليه ، ولا ينهىٰ إذا أخذ من غير شرط ، فلم يبق للنَّهي محمل إلَّا أن يأخذه بشرط.

أو نقول: ظاهر النَّهي دليلٌ علىٰ أن الأخذ بسبب التَّعليم حرامٌ في [كل حال ، إلَّا حالا خصّت بدلالة.

والثَّاني: أنَّه نهاه عن الشَّرط علىٰ كتاب الله تعالىٰ ، وشرط الأجر شرطٌ علىٰ كتاب الله.

وعن أبيٍّ بن كعب أنَّه أقرأ الطفيل بن عمرو الدوسي سورة ، فأعطاه قوسًا ، فقال رسول الله ﷺ: «**أتحب أن يقوسك الله بقوس من نار؟**» فقال: لا فقال: «اردد عليه قوسه»(٣) ، وليس يجب الرَّدّ إذا أعطاه هدية. فعلم أنَّه كان أعطاه

---

[١] في حاشية زيادة «أ» (المنعقد). «ص» (بحط العقد المنعقد).

(٢) الخبر موضوع ، يرويه نهشل عن الضحاك عن ابن عباس قال: مر رسول الله بمرداس المعلم فقال: «إياك وحطب الصبيان ، وخبز الرقاق وإياك والشرط علىٰ كتاب الله» ، ونهشل كذاب. انظر: «الموضوعات» لابن الجوزي (٢٢٩/١) ، «اللآلىء المصنوعة» (١٨٧/١) ، «الفوائد المجموعة» (ص: ٢٧٧) ، «تنزيه الشريعة المرفوعة عن الأخبار الشنيعة الموضوعة» (٢٥٥/١).

(٣) رواه ابن ماجه (٢١٥٨) ، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» (١١٦٨٤) ، وأبو نعيم في «الحلية»=

أجرة ؛ إذ ظاهر الحديث يوجب الرَّدّ بسبب إقرائه السورة ، فيجب الحمل عليه ما أمكن.

وعن عثمان بن أبي العاص الثَّقفي أنَّه قال: «آخر ما عهد إليَّ رسول الله ﷺ أن أصلي بالقوم صلاة أضعفهم ، وأن لا أتخذ مؤذِّنًا[1] يأخذ على الأذان أجرا»(٢) ، والعهد إنَّما يكون بأمر ونهي ، والنهي للتحريم ، وعند من يجيزه لا حرمة.

فأما حديث التزويج بما معه من القرآن فقد مرَّ جوابه في كتاب النِّكاح.

وأما حديث الرقية ، فتأويله عندنا: أن القوم كانوا كفَّارًا ؛ لأنَّه روي في قصته: أن الصحابة سألوهم القِرى فأبوْا. ولم يكن بين المسلمين يومئذٍ من الحال ما يمنع بعضهم البعض القِرى في السَّفر وضرورةِ الحال.

ولأنه روي أن سيِّدهم لُدغ فطلبوا راقيا من الصحابة فأبوا إلَّا بأجر. وكان فيهم أبو سعيد الخدري ، فضمنوا قطيعا من الغنم ، فذهب أبو سعيد ورقى. ولا يُظن بأبي سعيد أنَّه امتنع عن رقية مسلم.

= (٨٦/٦) ، ولفظ ابن ماجه: عن أبي بن كعب ، قال: علمت رجلا القرآن ، فأهدى إليَّ قوسا ، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ ، فقال: «إن أخذتها أخذت قوسا من نار» ، فرددتها.
والحديث إسناده مضطرب ، وضعفه ابن الجوزي في «العلل المتناهية» (٧٥/١) ، وقال البيهقي في «السنن الكبرى» (١٢٥/٦): منقطع. وحكم عليه ابن عبد البر في «التمهيد» (١١٤/٢١) بالنكارة. وانظر: «نصب الراية» (١٣٧/٤) ، و«البدر المنير» (٢٩٥/٨) ، و«إتحاف الخيرة المهرة» (٣٢٦/٦).

[١] في حاشية «أ» (مؤمنا).

(٢) رواه أحمد (١٦٢٧٠) ، وأبو داود (٥٣١) ، والترمذي (٢٠٩) ، والنسائي (٦٧٢) ، وابن ماجه (٧١٤). قال الترمذي في «الجامع» (٤١٠/١): «حديث عثمان حديث حسن». وقال الحاكم في «المستدرك» (٣١٤/١): «على شرط مسلم ولم يخرجاه» ، ووافقه الذهبي. وأصله في مسلم (٤٦٨) ، ولم ترد فيه جملة: «وأن لا أتخذ مؤذِّنًا...».

ولأن الرُّقية لم تكن معلومةً ولا القطيع. فثبت أنَّه لم يكن إجارةً صحيحةً في الشَّرع، ولكن كان حيلة لأخذ مال الحربيِّ بسببٍ تراضوْا عليه.

وذلك يجوز عند أبي حنيفة ومحمد.

وروي أن النَّبيّ ﷺ قال لهم: «**اضربوا لي فيها بسهم**»(١)، ولو كان التملّك بحكم الأجرة لما كان لرسول الله ﷺ سهم.

وفي حديث قدامة بن مظعون: «**أمرني رسول الله ﷺ أن لا أتخذ مؤذنا يأخذ على الأذان أجرا**»(٢) والأمر على الوجوب.

وأما المعنى فعلى أحد وجهين:

إما أن يقال: إن العامل آجر نفسه لعملٍ واجبٍ عليه قبل العقد[٣] لله.

أو آجر نفسه لعملٍ لا تجري فيه النِّيابة.

وعلى أيِّهما كان لا يصح؛ لأنَّه لابدَّ لصحَّتها من أن يقع العمل للآمر، وينتقل إليه، وأن لا يكون على العامل مستحقًّا عليه قبل][٤] العقد. بل يكون الاستحقاق للآمر بالعقد.

والدَّليل على ذلك وجهان:

أحدهما: من حيث معرفة العمل.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) لم أقف عليه.

[٣] في حاشية «أ» (العمل).

[٤] ما بين [ ] ليس في «ص».

والثَّاني: من حيث الحكم.

فأما الذي من حيث العمل: فإن عمل الحجّ بدنيٌّ من وقوفٍ وطوافٍ، وما يتعلّق بعين منفعة البدن لم تجز[١] فيه النِّيابة بمنافع غيره، كالصلاة والصوم، وكذلك باب الإجارة في الأبدان لا يقوم فيها غيره مقامه، كأجير الوحد.

فأما أجير المشترك فالمعقود عليه خياطة الثَّوب، لا منافع بدنه[٢].

والثَّاني: أن العمل عبادة لله تعالىٰ في أصله، وهو الحج. والمطلوب من العبادة ابتلاء الله تعالىٰ عبادَه بفعلها ليمتاز الصادق بتحمُّل المشقَّة بالعمل من الكاذب. وهذه الحكمة تفوت بالنِّيابة؛ لأنَّ المشقة لا تلحق الآمر بوجهٍ، بخلاف المالي؛ لأنَّ الابتلاء فيه بنقصان المال بالصَّرف إلىٰ حيث أمر، وذلك النقصان يحصل بفعل النائب بأمره[٣].

والثالث: أن عمل العبادة طاعة لله تعالىٰ علىٰ ما أمره به، والطاعة لله تعالىٰ فرض دائم لا تحلُّ معصيته بحال. فكان صرف العمل من العبد إلىٰ ما هو طاعة لله صرفًا إلىٰ وجه مستحَقٍّ عليه لله تعالىٰ بحقِّ العبودية عليه لله قبل الإجارة، فلم يجز أخذ البدل عليه. وإنَّما جعل الله تعالىٰ له أن يصرفه إلىٰ ما ليس بعبادة لمصالحه[٤]، فحينئذٍ يصير له بقدر ما فكَّ الله عنه. وأما بقدر ما بقي مستحقًّا عليه لله تعالىٰ فلا.

---

[١] «ص» (لا تجري).

[٢] في حاشية «أ» (سنه).

[٣] «ص» زيادة (فهذه دلالة من حيث العمل علىٰ أن النيابة لا تجري فيه، والدليل علىٰ أن العمل مستحق علىٰ العامل قبل العقد أن عمل الحج يقع عبادة، والعبادة طاعة لله تعالىٰ...).

[٤] «ص» (من مصالحه).

ولا يجعل العبد مالكَ نفسه، كما قال الشَّافعي في الجهاد، وكما قالوا في المكاتب: إنَّه بمنزلة العبد فيما لم يدخل تحت الفكاك.

والدَّليل علىٰ أن العمل منه لا يقع إلَّا طاعةً لله تعالىٰ أنَّه متىٰ لم يكن من أهل الحجّ لم يصحّ نائبًا، وكذلك متىٰ لم يأت بشرائط العبادة علىٰ ما نبيِّنها.

وكذلك تعليم القرآن؛ لأنَّ التَّعليم لا يكون إلَّا بالقراءة، وقراءة القرآن في أصلها ما شرعت إلَّا تعظيمًا لله تعالىٰ. فإنه كلامه، فيكون في قراءته تعظيمه، وفي تعظيمه تعظيم الله تعالىٰ[١]، وذلك طاعة.

وإذا كان أصله مشروعًا طاعةً، والإجارة وقعت عليه= لم يجز، كما في الحجّ والصلاة. فأمَّا إذا لم يقصد بالقراءة[٢] التعظيم، بل أراد أخذ الأجر عليه فيخرج[٣] عن حكم أصله بفساد نيَّته، كما تخرج الصلاة عن العبادة بقصد المراءاة، والكلام ليس فيما يتغير[٤] بفساد القصد، بل فيما يتناوله مطلق الاسم.

دل عليه: أن تعليم القرآن أو تعظيم الدِّين إظهار الدِّين، فكان أبلغ من الجهاد بالسَّيف؛ لأنَّ فيه إظهارًا من حيث العيان. وفي التَّعليم إظهارٌ من حيث الحقيقة ومعرفة القلوب، والأصل هذا، لا ذاك.

فلما كان الجهاد فرضًا من فروض الكفاية علىٰ المسلمين ـ وإن كان يحصل بالكافر ـ، فلأن يكون[٥] التَّعليم نفسه فرضًا أولىٰ، وإن حصل بالكافر.

---

[١] «ص» (وفي قراءة كلامه تعظيم للكلام، وفي تعظيم كلامه تعظيمه).

[٢] «أ» (بالقرآن)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «أ» «ن» (مخرج)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٤] «ص» (يتعيَّن).

[٥] في حاشية «أ» (يجعل).

وهذا؛ لأنَّ فرض الكفاية يسقط بوقوع الكفاية، وإن لم تقع[١] الكفاية بما هو عبادة، كالسعي إلىٰ الجمعة، والوضوء علىٰ ما عرف، إلَّا أن قبْل التَّعليم الإبلاغ واجب، والدَّعوة ليعلموا بالرسالة بحججها[٢] فيجيبوا ثمَّ يتعلموا، فرسول الله ﷺ علم الحاضرين، فإن القرآن أُخذ[٣] منه، وبلغ الغائبين، وعلم من أجاب[٤] بالنائب، فإنه كان من فروض الكفاية. وما يجب التَّعليم إلَّا بعد الإجابة[٥] للدعوة. والدَّعوة والإبلاغ كان فرضا عليه إلىٰ النَّاس أجمع، ففعل، والتَّعليم لم يكن فرضًا إلَّا لمن أجاب[٦]، فلذلك جاز وفاته قبل التَّعليم علىٰ العموم.

وأما من حيث الحكم: فاشتراط شروط صحَّة[٧] الأداء علىٰ العامل، كالنِّيَّة التي بها تصحّ العبادة لله تعالىٰ، ولو كان العمل ينتقل إلىٰ الآمر[٨]، ويصير مؤدِّيًا بعمله، لشرطت النِّيَّة عليه، كما في باب الزكاة والأضحية.

والثَّاني: شرط المؤدِّي أن يكون من أهل الأداء بنفسه لنفسه، ولو لم يصر مؤدِّيًا لنفسه، لما شُرط قيامُ الأهليَّة فيه، كما في أداء الزَّكاة فإنها تتأدَّىٰ بوكيلٍ كافر، وكذلك الأضحية تتأدَّىٰ بالكتابي.

---

[١] «ص» (وأن تقع).

[٢] «أ» (لحجتها)، «ن» (بحجتها)، والمثبت من «ص».

[٣] في حاشية «أ» (اتخذ).

[٤] «أ» «ن» (أجاز)، والمثبت من «ص».

[٥] «أ» (الإجارة)، والمثبت من «ن» و«ن».

[٦] في حاشية «أ» (أصاب).

[٧] «ص» (صحة).

[٨] «ص» (العامل).

ولا يشكل قولنا: «إنه لا يتأدّىٰ بالمجوسي» ؛ لأنَّ المجوسي ليس من أهل الزكاة، كالمسلم في حال ما[١] يترك التَّسمية عمدا، والتَّضحية لابد فيها من تذكية شرعيَّة. وهي العمل، ثمَّ تصير عبادةً بالنِّيَّة لمن هو من أهل العبادة. والنِّيَّة والأهليَّة لاتشترطان في الذَّابح، بل في الآمر، وفي مسألتنا تشترطان في الحاجِّ، دون الآمر.

والثالث: إن الآمر إذا برئ من مرضه بعدما أدَّىٰ الفاعل لزمه القضاء، ولو صحّ الأداء بالبدل لكان لا يجب القضاء بالقدرة علىٰ الأصل.

كمن أدَّىٰ صلاةً[٢] بتيمم[٣] ثمَّ قدِر علىٰ الوضوء، أو أدَّىٰ الكفارة بصوم، ثمَّ قدر علىٰ العتق[٤].

❁ فإن قيل: إن الحجّ فيه معنًىٰ ابتلاء البدن بتلك المشاقِّ، و[معنىٰ][٥] تعظيمِ البقعة بالزيارة[٦]، ومعنىٰ الابتلاء يتعلّق به، ولا يحتمل النِّيابة علىٰ ما قلت، وتعظيم البقعة يحصل بالنائب، كنقصان المال في باب الزكاة يحصل بالنائب، فإذا عجز عن الفعل بنفسه اكتفي بالنائب في معنىٰ[٧] تعظيم البقعة، دون الابتلاء ببدنه، ووقع العمل عن الفاعل[٨] من حيث الابتلاء دون تعظيم

---

[١] «أ» (من)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «ن»، «أ» (الصلاة).

[٣] «ص» زيادة (في حال عدم الماء).

[٤] «ص» (وهو معسر ثم أيسر). في حاشية «أ» زيادة (لا يلزمه الأداء بالأصل كذا هذا).

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٦] «أ» (بالزيادة).

[٧] «أ» «ن» (ومعنىٰ)، والمثبت من «ص»، وفي حاشية «أ»: (وفي معنىٰ).

[٨] «ص» (العامل).

البقعة، فشرطت النِّيَّة على العامل لمعنى الابتلاء، وشُرط كونه من أهله[١]، وسقط عن الآمر الحجّ من حيث تعظيم البقعة، وجوِّز بالأدنى، فإذا قدر لزمته الإعادة؛ لأنَّه من حيث الابتلاء كان عليه.

فالحجّ بين الزكاة والصلاة، وأَخْذ الأجر يجوز بقدر ما ينوب، لا بقدر ما يفعل عن نفسه.

وكذلك تعليم الدِّين من حيث إنَّه إظهارٌ لدين الله تعالى وإعلاءُ كلمة الله تعالى= لا يحتمل النِّيابة، ومن حيث إنَّه هداية المتعلِّم[٢] فممَّا تجري النِّيابة فيه، فيجوز أخذ الأجر [عليه][٣] من حيث صحَّة النِّيابة، لا من حيث لم يصحَّ.

۞ قلنا: إن الحجّ عبادة خالصةٌ لله، وهو من الأركان الخمس، وكذلك تعليم الدِّين على ما مرَّ. وإذا كان كذلك كان جلُّ المطلوب[٤] منه تعظيم الله، وابتلاؤنا بها على مخالفة هوى أنفسنا، لا تعظيم البقعة التي هي غيرُ الله تعالى؛ إذ لو جعل هذا التعظيم مقصودا [لها][٥] صار شِرْكة، والشِّرْكة تُبطل العبادات.

فثبت أن تعظيم البقعة يقع تبعًا لتعظيم الله تعالى، بأنْ علِّق تعظيم الله تعالى في طاعته على أمره[٦] ببقاعٍ مخصوصة ليظهر بذلك التعلُّق فضلها[٧] على سائرها[٨].

---

[١] «ص» (وكذلك شرط كونه من أهله لمعنى الابتلاء).

[٢] «أ» «ن» (العبد)، والمثبت من «ص».

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (المقصود).

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٦] «ص» (ما أمره).

[٧] «ص» زيادة (وشرفها).

[٨] في حاشية «أ» (فإن البقاع والأوقات لبعضها فضل على بعض وأن يوجد منهما عمل بفضل الله

وإذا كان كذلك لم يجز تعليق جواز الإجارة بما هو تبع، فإنه يتبع متبوعه[١] صحَّةً وفسادًا، ومتىٰ صار مقصودًا لم يكن تبعًا، ومتىٰ لم يكن تبعًا ـ وهو غير الله تعالىٰ ـ لم يكن المفعول[٢] عبادةً، والواجب علىٰ الآمر عبادة، فلا ينوب ما ليس بعبادة عما هو عبادةٌ.

وكذلك تعليم الدِّين واجب لإشاعة الدِّين وإظهاره حقًّا لله تعالىٰ، ومعنىٰ اهتداء المتعلِّم فيه تبعٌ.

ألا ترىٰ أنَّه تجب الدَّعوة والتَّعليم، مع العلم بأنه لا يتعلَّم ولا يجيب، كما في حَقِّ أبي جهل، وأبي طالب، وفرعون، وهامان.

❊ فإن قيل: فكيف يسقط الحجّ عنه بفعل النَّائب؟

❁ قلنا: إنَّا لا نقول إن الآمر يصير مؤدِّيًا للحجّ علىٰ الحقيقة بحجّ النائب، كما في باب الزكاة.

بل نقول: إن ثواب عمل المأمور لَمَّا انتقل إليه بأمره وإعطائه النَّفقة فإنها مال يجري[٣] فيه النِّيابة، ونية الفاعل عنه اجتزِئ عنه ـ حال العجز ـ بثواب عمل الغير[٤] من غير عمل. وإذا قدر بعد ذلك لزمه العمل؛ لأن[٥] المعلَّق بالضَّرورة، فيزول بزوال الضَّرورة.

تعالىٰ إذ التفضيل ليس بعلة العمل بل هو فضل الله يؤتيه من يشاء).

[١] «ص» (بما هو بيع، فإن البيع يتبع متبوعه).

[٢] «ص» (المقصود).

[٣] «ص» (من مال يجزئ).

[٤] «ص» (المعين).

[٥] في حاشية «أ» (ذلك الأداء تعلق).

كحِلِّ الميتة عند الضَّرورة ، فإنها لا تصير ذكية بالضَّرورة ، ولكن تحلُّ وهي ميتة لدفع الضَّرورة ، فتتقدر بقدرها .

ويجوز في الشَّرع وقوع حكمِ عمل الغير[١] للغير ، كمن يتصدَّق عن الميِّت بغير أمره ، ويحجُّ الرجل عن أبيه بعد موته بغير أمره ، فإنه يجوز ـ إن شاء الله ـ .

وكذلك التَّكفير ، إلَّا أن **محمد بن الحسن** قرنه[٢] بالمشيئة إذا كان بغير أمرٍ ؛ لأنَّ الواجب كان على الميِّت فلا يجب القبول من غيره إلَّا بمشيئته ، وإذا كان بأمره كان القبول حقًّا ، كمن أدَّىٰ دين غيره[٣] ، فإن صاحب الحق[٤] إن شاء قبِل ـ إذا كان بغير أمره ـ وإن شاء لا ، وإذا كان بأمره حقًّا عليه القبول ، فكذلك في حَقّ الله ، ومتىٰ قبِل بغير أمره قام هذا المال مقامَ الدَّين في حَقّ صاحب الدَّين ، فأمَّا في حقِّ من عليه فلا يقوم أداؤه مقام أدائه ، بل يكون له حكم الأداء من البراءة عن الواجب ، والثواب[٥] .

كما في أداء الكتابة عن المكاتب بغير أمره تكون له البراءة ، والعتق الذي هو حكم[٦] الأداء بلا أداءٍ منه ، لثبوت الأداء في حَقّ صاحب الدَّين[٧] . وإذا جاز مثله بغير أمرٍ جاز البراءة والثَّواب إذا كان بأمرٍ ، وإن لم يصر مؤدِّيًا ، علىٰ أنَّ ثواب ما أعطي من النَّفقة ثواب بأداءٍ .

---

[١] «ص» (المعين) .

[٢] «أ» و«ن» (قرر) ، والمثبت من «ص» .

[٣] «ص» زيادة (بغير أمره) .

[٤] «ص» (الدين) .

[٥] في حاشية «أ» زيادة (إذ الثواب من حكمه) . وفي «ص» (وإن كان الثواب من حكمه) .

[٦] «ص» (والقبول الذي هو حكمة) .

[٧] «ص» (الحق) .

وإذا كان ذلك جائزًا بغير أمرٍ في حقوق الله تعالىٰ[١] ، والنَّبيّ ﷺ شبَّه حقوق الله تعالىٰ بحقوق العباد في القضاء(٢) ، وكان أجوَز فيما إذا كان بأمرٍ ، وهو سقوط الحجّ ، واستحقاق حكم الأداء من الثواب بغير أداءٍ حصل على الحقيقة= كان القول به قياسا[٣] .

إلا أن الله تعالىٰ [لما][٤] علَّق هذا السُّقوط علىٰ الجسم بحال الضَّرورة[٥] تقدر بها ، ولم يثبت[٦] حكمه إذا زالت الضَّرورة ، فأُمر بالأداء علىٰ الحقيقة إذا قدِر عليه. لولاه لما لزمه القضاء ، كما إذا أدَّىٰ الزكاة بالنائب ، ثمَّ قدر بنفسه .

وكما لو أدىٰ الصلاة بالتيمم ثمَّ قدر علىٰ الماء ، أو الكفَّارة بالصوم ثمَّ قدر علىٰ العتق[٧] .

وكان هذا علىٰ مثال من قضىٰ الصوم بالفدية لعجزة ثمَّ قدر ، فإن[٨] عليه القضاء ؛ لأنَّ الفدية ليست ببدلٍ مطلقٍ عن الصوم لعدم معنىٰ ابتلاء الصوم فيها ، بل أقيمت مقامه في حَقّ الثواب والسُّقوط بلا أداء للضرورة ، فتقدر بقدرها .

---

[١] في «ص» وحاشية «أ» زيادة (وحقوق العباد) .

(٢) يشير إلىٰ الحديث الذي رواه البخاري (١٩٥٣) ، ومسلم (١١٤٨) ، عن ابن عباس رضي الله عنهما ، ولفظ مسلم: أن امرأة أتت رسول الله ﷺ فقالت: إن أمي ماتت وعليها صوم شهر ، فقال: «أرأيت لو كان عليها دين أكنت تقضينه ؟» قالت: نعم ، قال: «فدين الله أحق بالقضاء» .

[٣] في حاشية «أ» (قصاصا) .

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» وحاشية «أ» .

[٥] في حاشية «أ» (وبحق الضرورة) .

[٦] «ص» (بقدرها ولم يتبين) .

[٧] «ص» (التحرير) .

[٨] في حاشية «أ» (كان) .

بخلاف صوم الكفارة ؛ لأنَّه ليس ببدل عن نفس العتق[١] ، بل الصوم يُسقط عنه الكفارة التي لزمته ، ويطهره عن الإثم الذي ارتكبه ، لا أن يسدَّ مسدَّ العتق ، فالعتق سقط بالعجز ، فإنه ما شرع إلَّا بشرط القدرة ، كالصلاة قائما يسقط بالعجز ، ولا يكون قاعدا[٢] بدلًا عنها ، بل هي أصل الواجب ، لكنها في حال العجز ، فتكون البدليَّة بينهما في حال الوجوب ، لا في الواجب ، وبين الصوم والفدية بدليَّة في الواجب .

فلذلك شرطنا في البدل معنىٰ الأصل ليقوم مقامه ، ومتىٰ لم يجد لم يقم وأبرأنا[٣] عن الأصل بلا أداءٍ ، كما إذا أبرأنا عنه بأداءِ الغير علىٰ ما مرَّ .

وإنَّما ضمن النَّفقة إذا خالف ؛ لأنَّه أعطاه النَّفقة ليكون له ثواب حجته ، ويتبرأ[٤] عما عليه بفعله علىٰ ما مرَّ . فمتىٰ[٥] خالفه لم يبرأ ، ولم يحصل الثواب له ، فضمن له ما أعطاه لفوت الإذن بالاتِّفاق حال الخلاف ، وصار كأنَّه أخذها بغير إذن .

وأما إذا فسدت الإجارة فلا يجب أجر المثل عندنا ، ولكن نفقة مثله ، نصَّ عليها في كتاب **المناسك** ، وتقدير النَّفقة علىٰ[٦] تقدير الأجرة .

وهذا كلُّه بخلاف بناء المساجد والرباطات ؛ لأنَّها في الأصل ليست بعبادة ،

---

[١] «ص» وحاشية «أ» (الرقبة) .
[٢] «ص» (ما أدىٰ) .
[٣] «أ» «ن» (وإبرائه) ، والمثبت من «ص» .
[٤] «ص» (وتبرأ) .
[٥] في حاشية «أ» (فحين) . «ن» (فهي) .
[٦] في حاشية «أ» (غير) .

بل هي عمارة الدنيا.

ألا ترىٰ أنَّه يصحّ من غير نيَّةٍ خالصةٍ لله.

ألا ترىٰ أن المقصود بذلك عمارة الثغر، أو عمارة المسجد، وهما غير الله تعالىٰ، فلا يكون فعلها ـ وهي لغير الله ـ عبادةً لله تعالىٰ[١]، وإنَّما يحصل له ثواب المستبنى[٢] لِمَا هو عبادة[٣]؛ لأنَّ عمارة المسجد تسبيب[٤] للصلاة وللجماعة.

وكذلك بناء الرباطات علىٰ الثغور تسبيب[٥] للذَّب عن الإسلام والمسلمين، وفي البلاد تسبيب لإقامة مصالح النَّاس[٦]. والإنسان يثاب علىٰ مثله كما يثاب علىٰ السعي إلىٰ الجمعة، وهو ليس بعبادة في نفسه، وسقط بما ليس بعبادة.

ألا ترىٰ أن هذه العمارات تتأدَّىٰ بمن ليس من أهل العبادة سواءً عمل بأمرٍ أو بغير أمرٍ.

وإذا استأجر له غيره وقع العمل من العامل علىٰ حسب ما يقع لو بنىٰ له بناءً عليه، ثمَّ يكون عبادةً للآمر بالانتقال إليه، كأنَّه بنىٰ بنفسه علىٰ نيَّة الخير.

وكذلك يثاب الإنسان علىٰ نفقة ولده[٧]، وولد ولده، وليست بعبادة في

[١] «ص» (فلا يكون فعلهما عبادة لله).

[٢] غير واضحة في «ص».

[٣] «ن» (عمارة).

[٤] «ص» (سبب).

[٥] «ص» (سبب).

[٦] في حاشية «أ» زيادة (ومنافعهم).

[٧] في «ص» وحاشية «أ» زيادة (ووالده).

أصلها. بل ميرة[١] لمخلوق، وحتَّىٰ صحّ من الكافر ولزمه، ولكن مع هذا إذا فعلها أثيب عليها إذا كان من أهل الثواب من حيث إنَّه إحسان، والله قد أمره بذلك، فمن حيث يصير مطيعًا ربه بالشروع[٢] فيه يثاب عليه، لا من حيث الأداء، والمقصود بالأداء، فكذلك يحصل بغير الله.

فكذا أمر العمارات التي هي مأمورات الشَّرع. وكان معنىٰ العبادة في هذه الأبواب كمعنىٰ النَّفقة في الحجّ وهداية المتعلمين[٣] في باب تعليم الدِّين والحج.

[١٠٦٥] **مسألةٌ**[٤]: بيع لبن بنات آدم لا يجوز عندنا.

وعند الشَّافعي: يجوز(٥).

لأنه لبن طاهر، فيجوز بيعه كلبن البهيمة، أو مشروب حلال، فيجوز بيعه كالعصير.

وهذا؛ لأنَّ البيع يرد علىٰ المال، وهو اسم لما خلق لمصالحنا وقوامنا، والشرب ركنٌ في القوام، فدلَّ حلُّ الشرب عادةً وشريعةً علىٰ أنَّه مال.

ولأنه عين يستحقُّ بعقد الإجارة تبعًا للمنفعة، فيقبل البيع قصدًا من طريق الأولىٰ، كالخيط لما استحِقَّ بالإجارة تبعًا للخياطة قبل البيع، وكذلك الصبغ والحبر.

[١] «أ» «ن» (ميزة)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (بالشرع).

[٣] «ن»، «أ» (المتعلم).

[٤] في حاشية «أ» (هذه المسألة التي ذكرناها في البيوع). والمسألة غير مثبتة في «ص».

(٥) انظر: «بحر المذهب» للروياني (٥/٥٢)، و«الوسيط في المذهب» (٣/٢٠).

وهذا، لأنَّه لما استحِقَّ بعقد الإجارة تبعًا للمنفعة، والإجارة تبعُ المنفعة علم أنَّه أقبلُ للبيع الموضوع للأعيان.

ولا معنىٰ لقولكم: «إنَّه لما استحقَّ بالإجارة علم أنَّه أجري مجرىٰ المنافع، فلا يجوز بيعها»؛ لأنَّ المنافع يجوز بيعها إذا أعلمت. إنَّما لا تجوز مطلقةً لجهالتها؛ لأنَّها تحدث في الوقت، ولا تعلم إلَّا بذكر الوقت.

ولأن الإجارة ترِد علىٰ عمل الإرضاع، إلَّا أنَّه لا يتصوَّر إلَّا بلبنٍ، فيدخل تبعًا ووصفًا للعمل لا أصلًا. وحين يباع يباع وهو أصل، كالخيط والصبغ والحبر، علىٰ ما ذكرنا.

إلا أنا نقول: إنَّه جزء ومتولِّد من الآدمي، فلا يكون مالًا في أصله؛ قياسًا علىٰ جملة الآدمي، وعلىٰ شعره وعظمه. وما لا يكون مالًا لا يجوز بيعه لا شكَّ فيه.

وهذا، لأنَّ الآدمي خُلق محترمًا مالك المال، والمال خُلق له بذلة، ولإقامة مصالحه، فلم يجز أن يجعل هو بنفسه مالًا، وقد خلق محترمًا مالك المال. فصار أوَّل حدِّ المال: أن لا يكون جزءًا من الآدمي، بل يكون غيره، ويصلح لانتفاعه به، فيتموّل لطلب صلاحه منه، فيكون مالًا.

ألا ترىٰ أن شعره طاهر ولا يجوز أن يبتذل ويباع، فكذلك لبنه.

❁ فإن قيل: إنَّ ما زايله يسقط عنه حكم الآدميين، فجاز أن يصير مالًا بدلالته.

❁ قلنا: لمعنىٰ أنَّه كان منه ووصفًا له قبل المزايلة لم يكن مالًا احترامًا له. وإذا لم يكن مالًا قبل المزايلة لم ينفصل إلَّا كذلك، فإن الانفصال لا يوجب إلَّا

المباينة، ففيما وراء هذا الوصف يبقىٰ علىٰ ما كان، وعكس هذا لبنُ البهيمة وشعرها[١].

ولا يلزم علىٰ هذا لبن الأمة؛ فإنها مال، ولا يجوز بيع لبنها؛ لأنَّها لم تكن مالًا في الأصل، وإنَّما صارت مالًا بعارض الرِّقِّ حتَّىٰ إذا زال الرِّقُّ بالعتق لم تكن مالًا، فكذلك صفة الماليَّة تثبت لأجزائه مع الرِّقِّ، والذي[٢] لا رق فيه.

وكذلك الشعر المفصول، فلم يكن مالا بدون الرِّقِّ كالأصل.

وإنَّما قلنا: «لا رق في اللبن»؛ لأنَّه مواتٌ بعد الانفصال بلا إشكال، والموات لا يتَّصف بالرِّقِّ والعتق.

ألا ترىٰ أن الأصل لو مات لم يوصف برقٍّ، ولا عتق علىٰ ما عرف في موضعه.

وهذا بخلاف منافع الآدمي؛ لأنَّها ليست بأعيان، ولا من جنس الآدمي، بل هي أعراض، وهي غير الأجسام، ولما كانت غير الآدمي وتقوم به مصالحه كانت أموالًا، كالأعيان التي هي غيرنا، ولم تتولَّد منا، ويقوم به مصالحنا عرفًا وشرعًا.

❊ فإن قيل: وكذلك اللبن بمنزلة منفعة يتولَّد منه لَمَّا خلق لإقامة المصلحة به.

❁ قلنا: إنَّه خُلق لإقامة مصلحة الصبيان تبعًا لفعل الإرضاع، لا مقصودًا

---

[١] «ن»، «أ» (وشعره).

[٢] في حاشية «أ» (واللبن).

بنفسه[١] ، فعادة تربي الصبيان بالرضاع ، لا بشرب اللبن بعد الحلبة مقصودا ، ويباع كذلك تبعًا في إجارة الظئر ، فإن اللَّبن معتبر حتَّى يفسد العقد بفوات اللبن .

فأما مقصودًا فما خُلق للشرب والانتفاع به فلا يرِد عليه العقد ، فيكون المال منفعة التربي ، واللبن وصفٌ للمنفعة ، كالحبر في منفعة العلم ، لا يقابله الثَّمن .

ولأن إقامة المصلحة بعينٍ لدفع ضرورة لا يدلُّ على الماليَّة ، كالانتفاع بالميتة عند الضَّرورة ، وانتفاع الأساكفة بشعر الخنزير ، والانتفاع باللبن من هذا الطريق ـ وهو تربية الصبيان ـ فإنهم لا يتربون عادةً في صغرهم بغير ألباننا ، فكان الانتفاع لدفع هذه الضَّرورة في الأصل .

إلَّا أن الصبيان تختلف أحوالهم في الاستغناء عن اللَّبن ، فلو فوّض إلينا لضاق علينا ، فقدَّر الشَّرع بالحولين ؛ لأنَّهم[٢] في الأغلب يستغنون عن اللَّبن في تلك المدَّة من غير ضرر ، كما قدَّر الشَّرع وقت سقوط الخطاب بقدر الصبا بالبلوغ ؛ لأنَّ عقولهم تكمل في الأغلب عنده ، بل يفيد الانتفاع بالعين حال الضَّرورة والحاجة دلَّ على أن العين ليس بمال ، والمال اسم لما خلق لمصالحنا احتجنا إليه أم لا ، ويوجد كذلك مُعدًّا لنا عرفًا وشرعًا مع الغنية عنه ، فأمَّا ما لا يتناول عرفًا وشرعًا إلَّا عند الحاجة فدليلٌ على أنَّه ليس بمال ؛ إذ التناول ما وجد لمعنى في عين ذلك الشَّيء ، بل في المتناول .

وهذا ؛ لأنَّ أصل التَّربية بمنزلة أصل الخليقة ؛ لأنَّها تنشز العظم ، وتنبت اللحم ، ويتعلّق باللبن من المحرمات[٣] ما يتعلّق بالماء ، وكذلك اسم الأبوة

---

[١] في حاشية «أ» (فهذه).

[٢] «ن» (فإنهم).

[٣] «ن» (الحرمات).

والأخوة. فجعل [أصل][١] التربية بما هو منَّا كما جُعل أصل الخليقة بمائنا؛ تكرمةً للآدمي وصيانةً عن طباع البهائم متربي الأصل من ألبانهم[٢]، ولما جرىٰ هذا مجرىٰ أصل ما يخلق منه خرج من عِداد ما يُنتفع به في الأصل بعد الوجود. فقد جُعل ذلك بغيرنا كرامة لنا، حتَّىٰ لا نكون بذلة، وجُعل أصل التكوين بما هو منا كرامةً تنزيهًا عن اختلاط طبيعة غيرنا بنا.

وذهب الخصم إلىٰ ظاهر الحال فقال: لو كان إباحة اللبن لدفع ضرورة لم يكن بدٌّ من أصلٍ مباح سواه ليكون المصير إلىٰ الثَّاني بفقده ليكون ضرورةً، ولا أصل إلَّا اللبن في تغذية الصبيان، فلم يكن ضرورة. وإنه حسن.

إلا أنا رأينا في الحكمة أمرا باطنا، وهو فساد الطباع بتربية لبن البهائم، وألجأت الضَّرورة إلىٰ هذا، وفيه كرامة للنسل[٣]، فلذلك أحدث حكم الأصل بأنْ لم يخلق لهم طعامٌ غير هذا، وإنَّما الضَّرورة في صاحب اللبن، وفي حقه سائر الأطعمة أصلٌ للتغذية، ولكن عجزت في حَقّ الرضيع، فانتقل إلىٰ اللبن، والله أعلم.

تم كتاب الإجارات بحمد الله ومنِّه.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من حاشية «أ».

[٢] في حاشية «أ» (البهائم).

[٣] في حاشية «أ» (للأصل).

كتاب الشَّركة

[بسم الله الرحمن الرحيم][1]

[١٠٦٦] مسألةٌ: قال علماؤنا: شركة العنان صحيحة، اتَّفق جنس رأس المال أم اختلف، خُلط بعضه ببعض أم لا، شُرط الرِّبح بينهما بقدر رأس المال أو زِيد لأحدهما عليه.

وقال الشَّافعي(٢) وزفر: لا يجوز إلا أن يتَّفق جنس رأس المال، ويقع الخلط، ويشترط الرِّبح بقدر رأس المال.

وكذلك قال علماؤنا: شركة الوجوه جائزة. وكذلك شركة التَّقبُّل، اتَّفق جنس العمل أم اختلف.

وقال زفر والشَّافعي(٣): شركة الوجوه باطلة.

وأما شركة التَّقبُّل فكذلك عند الشَّافعي(٤)، وعند زفر تجوز إذا اتَّفق جنس المال.

وأما شركة المفاوضة فصحيحة عندنا.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ص»، والمثبت من «ن».

(٢) انظر: «الإقناع» للماوردي (ص: ١٠٧)، و«اللباب في الفقه الشافعي» (ص: ٢٥٦)، و«البيان للعمراني» (٦/٣٦٦).

(٣) انظر: «اللباب في الفقه الشافعي» (ص: ٢٥٦)، و«الحاوي الكبير» (٦/٤٧٧)، و«المهذب» للشيرازي (٢/١٥٩).

(٤) انظر: «اللباب في الفقه الشافعي» (ص: ٢٥٦)، و«المهذب» للشيرازي (٢/١٥٦).

وقال الشَّافعي(١): «لا أدري [ما][٢] المفاوضة، ولو جازت ما فسد عقد بينهما».

وجه قولهم: أن هذا عقد شركة، وإنما تثبت الشَّركة بحكم العقد في المستفاد بتصرُّف كل واحدٍ منهما، وأن يكون المستفاد بالتَّصرُّف مشتركًا، إلا أن يكون الأصل مشتركًا، والأصل في الحقيقة هو المال؛ لأن مال المستفاد ما يحصل إلا بدلًا عن المبيع، ولأن جعلنا العمل أصلًا لن[٣] يصيِّر العمل مشتركًا بينهما من الواحد إلا بأن[٤] يكون في النِّصف وكيلًا نائبًا، وفي النِّصف عاملًا لنفسه.

والوكالة لا تثبت من الآمر إلا بإضافة[٥] الأمر إلىٰ ماله كالتَّوكيل بالبيع أو إلىٰ ذمته كالتَّوكيل بالشِّراء. والتَّوكيل بالشِّراء بحكم الذِّمَّة لا يصحُّ إلا أن يكون المشترىٰ معلوم العين أو الجنس.

فأما إذا كان مجهول الجنس كالتَّوكيل بشراء شيء أو حيوان فلا يجوز بحال.

وفي باب الشَّركة جهالة الجنس فيما اشترىٰ كل واحد منهما ثابت، فثبت أن الوكالة صحَّت بحكم الإضافة إلىٰ مال عينٍ كالتَّوكيل بالبيع، ومتىٰ أُضيفت

---

(١) لم أجد هذا النص بلفظه في كتب الشافعية. وفي «الأم» للشافعي (١٤١/٧): «وشركة المفاوضة باطلة، ولا أعرف شيئا من الدنيا يكون باطلا إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة». وانظر: «الحاوي الكبير» (٤٧٥/٦)، و«اللباب في الفقه الشافعي» (ص: ٢٥٦).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن».

[٣] «أ» (أن)، والمثبت من «ن».

[٤] «أ» (أن).

[٥] «ن» (بإضافته).

إلىٰ العين لم يكن المستفاد به مشتركًا حتىٰ يكون الأصل مشتركًا، فإن الرَّجل إذا كان له عبد فقال لآخر[١]: «بعه علىٰ أن الثَّمن بيننا» لا يصحُّ، وإنما يصحُّ إذا كان العبد بينهما[٢].

فكذلك ههنا لا يصحُّ إلا أن يكون رأس المال حاضرًا مشتركًا بينهما قبل العقد، كما لم تصحَّ المضاربة إلا بحضرة رأس المال، وكان هو المعقود عليه حقيقةً؛ لأن الوكالة تنعقد عليه دون الذِّمَّة، إلا أنه[٣] لما قصد منه تحصيل الرِّبح ملك العقود المتكرِّرة، كما في المضاربة.

قال الشَّافعي: ولهذا لم أجوز شركة التقبل؛ لأنه ليس ثَمَّ رأس مال معلوم مشتركٍ، والتَّصرُّف لا يصير مشتركًا متىٰ صحَّت الوكالة مضافةً إلىٰ غير الذِّمَّة إلا بمال حاضر معلوم مشتركٍ بينهما قبل العقد، علىٰ ما بيَّنَّا.

ألا ترىٰ أنه يُشترط حضرة المال عندك في شركة العنان، ويُشترط إعلام العين في الإجارة، والعقدِ علىٰ المنفعة؛ لأنها لا تعلم إلا بإعلام العين.

ولا يلزم علىٰ هذا عقد المضاربة، فإنهما يشتركان في الرِّبح، وهو فرع أصل غير مشتركٍ؛ لأني لا أُملِّك المضاربَ[٤] بعض الرِّبح بحكم الشَّركة، وكيف أجعله له[٥] بحكم الشَّركة، والسِّلعة[٦] لرب المال؟ لأن الثَّمن كان له، ولكن

[١] «أ» «ن» (فإن عبد الرجل لو قال لآخر).

[٢] «ص» زيادة (وكما في المضاربة).

[٣] «ص» (ألا ترىٰ).

[٤] «أ» (المضاربة).

[٥] «أ» «ن» (له جعله)، والمثبت من «ص».

[٦] «ص» زيادة (كلها).

أجعل بعض الرِّبح جعالة[١] علىٰ عمله ليعمل، فيحصل غرض رب المال وغرضه دفعًا للحاجة.

وبيانه: أن في النَّاس من يجد المال ولا يهتدي إلىٰ العمل، ومنهم من يهتدي[٢] ولا يجد رأس المال، والنَّماء لا يحصل إلا بالتَّصرُّف[٣]، فلو لم يجز طلب النَّماء من هذا الوجه لفاتهما النَّماء، ولزمتهما الحاجة التي لا ترتفع إلا بالمال المطلوب من التِّجارات؛ لأنها لا تكون إلا بمال وعمل.

فلهذه الضَّرورة جوِّز بخلاف القياس جعالة[٤] علىٰ عمله، لا أجرةً، ولا شركةً.

كما قيل للعامل في باب الصَّدقات: لك كذا عُمالة(٥)، لا أجرةً، ولا شركةً، حتىٰ لم يصحَّ العامل أن يكون هاشميًا؛ لأن الصَّدقة لا تحلُّ له، والعُمالة بعض مال الصَّدقات، لكنه يستحقُّ[٦] بصفة العمل، وما يستحقُّه الفقير يستحقُّه[٧] بصفة الفقر، وكما لم يكن للفقير بدلًا عن الفقر، فكذا هذا لا يكون بدلًا عن العمل.

ولأن العمل مجهول، فلا يصحُّ مبادلة، ولكن أُعطي عُمالة لدفع ضرورة الحاجة، فإن الفقراء لا يمكنهم العمل بأنفسهم وغيرهم لا يعمل مجانًا، ولأنه لو

---

[١] «ص» (حقا له).

[٢] «ص» زيادة (إلىٰ العمل).

[٣] «ص» زيادة (في المال).

[٤] «أ» «ن» (حقا له)، والمثبت من «ص».

(٥) العمالة ـ بضم العين ـ: رزق العامل. انظر: «طلبة الطلبة» (ص: ١٩).

[٦] «ص» (مستحق).

[٧] «ن» (يستحق). «ص» (مستحق).

عمل للزمته الحاجة، ولا يمكن الطَّلب بأجرٍ؛ لأنه لا مال للفقير قبل الجباية[١]، [وربما يحصل][٢]، وربما لا يحصل، فلو جُعل بأجر لغرم الإمام[٣]، والإمام مؤتمن، ولا ضمان عليه. فكان النظر في طلب العمل بالعُمالة، فكذلك ههنا.

[٤] ولهذا قلت: إنه لا زكاة على المضارب في نصيبه[٥] من الرِّبح؛ لأنه لا يملك قبل القسمة والاستيفاء لِمَا ذكرت أنه لا يجب أجره عوضًا ليملك[٦] بنفس العقد، بل صلة، فلا يملك قبل القبض كالعُمالة للعامل، والصِّدقة للفقير.

والشّركة في باب الشَّركة ليس من هذا الوجه[٧]، فإنه يحدث مشتركًا من الأصل بينهما، فلابد [من][٨] أن يكون الأصل مشتركًا.

ولهذا لم أجوِّز أن يكون الرِّبح على خلاف قدر رأس المال؛ لأنه فرعُ ذلك الملك، ليس أن يكون الاستحقاق بالعمل لِما ذكرنا، ولا يجوز أن يُجعل البعض جعالة[٩] كما في المضاربة؛ لأني جوَّزت ذلك لدفعِ ضرورةِ أنَّ ربَّ المال لا يمكنه العمل بنفسه، والعامل لا يجد المال، وههنا صاحب المال يعمل بنفسه، والعامل واجد للمال، فزالت الضَّرورة.

---

[١] «ص» (الحاجة).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن».

[٣] «ص» (لعدم الأمانة).

[٤] زاد في حاشية «أ» (مسألة).

[٥] «ص» (حصته).

[٦] «ص» (لتمليك).

[٧] «ص» (ليست من هذه الوجوه).

[٨] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص» و«أ».

[٩] «أ» «ن» (حقا له)، والمثبت من «ص».

ولهذا[١] جوّزت الجعالة على رد[٢] الضالة والآبق، متى[٣] قال: «من ردَّ ضالَّتي فله كذا» صحَّ جعالةً، لا أجرًا؛ لأن كل إنسان لا يمكنه رد الضالة؛ لأنه لا يمكن إلا بعد العلم به. والعالم بها[٤] بعض القوم غير معلوم، وقلَّ ما يُرغب في الردِّ بغير شيء، وصاحب المال لا يمكنه استئجاره قبل أن يعلمه، فلو لم يصحَّ الإجعال لضاع المال، فللضَّرورة صحَّت الجعالة في ردِّ الضَّالة، بخلاف سائر الأعمال.

فالمضاربة على أصلي: عقد جعالة على العمل، والشَّركة عقد شركة على التَّصرُّف المبنيِّ على رأس المالين، والوكالة عقد إطلاقِ تصرّفٍ في مال عين له أو ذمته[٥]، فلم يجز اعتبار بعضها ببعضٍ، ووجب اعتبار كلِّ عقدٍ بنظيره.

ولهذا[٦] لم تصحَّ الوكالة إلا بشيءٍ معلوم، وتصحُّ بدون رأس المال العين؛ لأنها تعقد[٧] لإطلاق التَّصرُّف، فلابدَّ أن يكون التَّصرُّف في نفسه معلومًا.

والشَّركة تعقد لإثبات الشَّركة في التِّجارة في مالٍ[٨] معلومٍ الذي أحضراه، فكان المال الحاضر بمنزلة المعقود عليه، فكان إعلامه شرطًا لا غير، كما في المضاربة؛ لأنه هو الأصل وما بعده يملك فرعًا من فروعه، فلا يشترط إعلام

[١] في حاشية «أ» (مسألة).
[٢] في حاشية «أ» (رب).
[٣] «أ» «ن» (من)، والمثبت من «ص».
[٤] في حاشية «أ» (والعامل). وفي «أ» و«ن» (به)، والمثبت من «ص».
[٥] «ن» «ص» (ذمة له).
[٦] في حاشية «أ» (مسألة).
[٧] «أ» «ن» (لأنه يعقد)، والمثبت من «ص».
[٨] «ص» (برأس مال).

الفرع ؛ لأنه يُملك بملك الأصل حكمًا له ، وما ثبت حكمًا لغيره اشترط تحصيل الأصل ، لا غير ، كشجرة تملك بالشِّراء ، لابدَّ من إعلامها ، وثمرتها تملك حكمًا لها غير معلومة الوقت والقدر.

وأما المضاربة فإنها[١] تنعقد وكالةً لإيجاب جعالةٍ له من الرِّبح ، فأما بعد ذلك فلا عقد عليه ، ولا بدَّ[٢] أن تكون الجعالة معلومةً ، وجنس العمل الذي جُعل الجعل لأجله ، وكذلك رأس المال ؛ لأن الجُعْل جُعِل من الرِّبح ، ولا يعلم إلا بعد معرفة رأس[٣] المال.

ولعلمائنا[٤]: أن عقد الشَّركة عقد شُرع لإيجاب الشَّركة ، ولهذا سمِّيت شركة كعقد التزويج. وكذلك القسمة ؛ لأنها شرعت للتمييز بين الأنصباء المختلطة[٥].

فإذا كانت الشَّركة حكمَ هذا العقد على هذا الأصل الذي قلناه وجب إثبات حكمه بنفسه لا بغيره ، والشَّركة في المال الذي هو رأس المال لا تثبت بالعقد قط ، وإنما تثبت بالخلط في المستفاد بالتَّصرُّف ، لا تثبت بالعقد أيضًا ، وإنما تثبت على ما حُقِّق بكون الأصل مشتركًا ، وإذن أحدهما لصاحبه بالبيع ، فإنه متى بِيع بإذنه بدون عقد الشَّركة كان الثَّمن مشتركًا لتفرعه عن أصل مشترك ، فعلى هذا لا تثبت الشَّركة بالعقد كما قال في المضاربة.

[١] «أ» «ن» (فإنه) ، وفي حاشية «أ» (فإنما) ، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» (فلا بد).

[٣] «ص» (ذلك).

[٤] «ص» (ولنا).

[٥] «ص» (المختلفة).

وإذا كان كذلك لم يكن صحيحًا ، بل الصحيح أن يجعل عمل التِّجارة منهما محلًا لهذا العقد ، ليصير عمل التِّجارة على الشَّركة بحكم هذا العقد حتى يصير عمل أحدهما كعملهما .

وقول أحدهما: «اشتريت» مما دخل تحت العقد كقولهما: «اشترينا» ، فيصير المبيع بينهما لوجود الشِّراء منهما حكمًا ، لا لكون[١] العوض مشتركًا بينهما ، وإنما يصير العمل على الشَّركة لصيرورة كل واحد منهما نائبًا عن صاحبه في نصف ما يشتري ، وإنما تثبت النِّيابة بصحَّة[٢] الوكالة ، لا بملك يحصل في المنفعة ، وشركة تثبت على المنفعة[٣] ؛ لأن ملك المنفعة لا يثبت بالتَّمليك بلا عوضٍ إلا بعد الاستيفاء ، وبعوضٍ يبطل[٤] الملك فيها إذا تلفت[٥] على يد الأجير . ولا تسليم ههنا . فثبت أن الشَّركة تثبت بحكم النِّيابة ، كما لو قال له: «اشتر هذا العبد ليكون بيني وبينك» .

ولهذا لم تصح الشَّركة فيما لا يصحُّ التَّوكيل به إفصاحًا ، كالاحتطاب ، والاحتشاش ؛ لأنها ضرب تصرّفٍ ، وإنما يصحُّ إذا تعلق بحقِّه كما في الشَّركة .

والوكالة تكون أمرًا بالتَّصرُّف في ذمته ، وفي الأمر بالبيع يكون تصرّفا على سلعته[٦] ، وما في الاحتطاب تصرُّفٌ على نفسه ، ولا ملكٌ ، فلغا .

---

[١] «أ» «ن» (يكون) ، والمثبت من «ص» .

[٢] «أ» (لصحة) .

[٣] «ص» وحاشية «أ» (بملك المنفعة) .

[٤] «ص» (فبطل) .

[٥] «أ» «ن» (تلف) ، والمثبت من «ص» .

[٦] «أ» (سلعة) ، والمثبت من «ن» و«ص» .

ولهذا يرجع كل واحد علىٰ صاحبه بنصف العهدة، إلا أن المطلوب بالوكالة الخاصَّة حصول ما سمِّي له من السِّلعة. فلابدَّ أن تكون معلومة، ولم تملك إلا مرة، والمطلوب بالشَّركة حصول المال أو الرِّبح بالسَّبب الذي ذكرناه، والحصول به مما يتأبَّد، كما في المضاربة المقصود بها حصول الرِّبح بتلك التِّجارة. وذلك إنما يكون بالأبد، فصحَّ مع جهالة السِّلعة[١] التي يشتريها، والعقود التي يفعلها[٢] بعد إعلام المقصود منه، وهو شرط الشَّركة في الرِّبح وإحضار المال؛ لأنه[٣] عقد لإثبات الشَّركة في ربح المال، ولا يتصوَّر الرِّبح إلا بعد أصل، ولا يمكن تمييز الرِّبح إلا بعد إعلام الأصل، فلابدَّ منه. فكذلك ههنا تصح الشَّركة بالوكالة مع جهالة العقود[٤] والأزمنة التي تستوفىٰ فيها المنافع بسبب التِّجارة.

فثبت أن هذه الجهالة لا تمنع وقوع العمل للآمر بحكم العقد، وبهذا المعنىٰ تقع الشَّركة، فإنه متىٰ وقع للآمر كان المشترىٰ كله للآمر، ومتىٰ وقع النِّصف للآمر والنِّصف للعامل كان المشترىٰ بينهما علىٰ الشَّركة كما اشترىٰ[٥]، وعقد الشَّركة [يوجب][٦] نيابة العامل للآمر في النصف، وإنه مما يقبل التنصف، فإنه لو نصَّ عليه فقال: «اشتر هذا العبد ليكون النِّصف لي والنِّصف لك» كان بينهما إذا اشترىٰ العبد كله.

---

[١] «ص» (السلع).

[٢] «ص» (يعقدها).

[٣] «أ» (إلا أنه)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «ص» (المعقود).

[٥] «ص» (وقع).

[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

فأما الجواب عن الجهالة: أن المعقود عليه لما كان عمل التِّجارة ـ وقد أعلم ـ لم يضرهما جهالة التَّصرُّف بذلك التمكن[١]. فإنه ثمرة المعقود عليه، لا أصله.

بخلاف الوكالة الخاصَّة، فإن المطلوب بها السِّلعة المسمَّاة[٢]، فلابدَّ أن تكون معلومة.

ولهذا[٣] جوّزت فضل[٤] الرِّبح لأحدهما علىٰ رأس ماله في شركة العنان؛ لأن كل واحد منهما في نصف العمل عاملٌ للآخر[٥] برأس مال الآخر. فجاز إيجاب زيادة لأحدهما علىٰ رأس المال[٦] لفضل حذقه في العمل، فتكون زيادة عمله مع ما يقابله من رأس المال سببًا لاستحقاق بعض الرِّبح، كما في المضاربة.

ولا يصحُّ ذلك في شركة الوجوه؛ لأن الذي يقابله عملٌ، لا رأس مالٍ[٧]، فلم يكن البناء علىٰ المضاربة في استحقاق الرِّبح بالعمل، وبقي الاعتبار بالشَّركة، فيكون بقدر[٨] الشَّركة في الأصل، ولكن شرط إحضار المال لشركة العنان، كما في المضاربة؛ لأنه عقد شركةٍ في عمل التِّجارة لاستنماء المال، واكتساب الرِّبح من المال، فلمَّا كان معقودًا لاستنماء المال، وهذا الوصف لا

[١] «ص» (العمل).

[٢] «ص» (المشتراة).

[٣] في حاشية «أ» (مسألة).

[٤] «ص» (فصل).

[٥] «ص» (كامل الأجر).

[٦] في حاشية «أ» زيادة (الآخر).

[٧] «أ» و«ن» (برأس)، والمثبت من «ص».

[٨] «أ» (تقدير).

يثبت لعملهما[١] إلا بعد أصل المال، فإن النَّماء صفة له= كان حضوره شرطًا لإثبات صفة العمل الثَّابت بالعقد.

وفي باب المضاربة شرطُ حضرةِ المال لا لصحَّة التَّوكيل، ولكن لإمكان إثبات الشَّركة في الرِّبح، فالرِّبح لا يتصوَّر إلا بعد أصلٍ.

فأما شركة الوجوه والتقبُّل فعُقدت لاكتساب[٢] أصل المال، وأصله يكسب بالعمل، فلم يكن المال شرطًا، فاختلفت شروط هذه العقود بأعراضها التي هي صفات أحكامها.

فالمضاربة معقودة لإثبات الشَّركة في الرِّبح، فشُرط حضور رأس المال وإعلامه، فانعقد[٣] وكالةً للحال، وصحَّت مع الجهالة؛ لأن الغرض ليس حصول مال بعينه، ولكن حصول الرِّبح علىٰ رأس المال، والرِّبح لا يحصل إلا بعقود متكرِّرة.

والوكالة تعقد لتحصيل ما سمِّي من السِّلعة لغرضٍ له فيها، فلابدَّ أن تكون معلومة لتصحَّ.

والشَّركة تعقد لاستنماء المال الحاضر[٤] لا للاكتساب أصلًا بالعمل. والاكتساب والاستنماء لا يتم بعقد واحد، فانصرف إلىٰ عقود متكررة[٥]، وكان الشَّرط إعلام الأنصباء الثَّابتة[٦] بالشَّركة، وهي صفات لأحكام هذه العقود.

---

[١] «أ» (لعملها)، «ص» (بعملها)، والمثبت من «ن».

[٢] «أ» «ن» (لإكساب)، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» (وانعقد).

[٤] «أ» «ن» (الخاص)، والمثبت من «ص».

[٥] «أ» «ن» (عقد متكرر)، والمثبت من «ص».

[٦] «أ» (الثابت).

فحكم الوكالة نيابة في عمل موصلٍ إلىٰ السِّلعة، والشَّركة نيابةٌ في بعض العمل الموصل إلىٰ النَّماء، والمضاربة نيابةٌ في العمل الموصل إلىٰ الشركة في الرِّبح، فالإيصال[١] صفة العمل الذي دخل تحت هذه العقود. واعتبار الإعلام شرطًا فيها كلّها من حيث صفة العمل الذي هو حكم العقد، فالعمل مرة يعلم بالوقت؛ لأنه يحدث فيه. ومرة بمحله الذي يحل فيه، كخياطة ثوبٍ قميصًا؛ فإنها تعلم بالإشارة إلىٰ ثوب دون ذكر المدَّة.

والذي نحن فيه من هذا القبيل، فيصير معلوما في الوكالة بأن يصير[٢] شراؤه موجبا له ملك عقد[٣] معلوم ببيان مثله، وفي الشَّركة بأن يكون شراؤه موجبًا شركةً في المشترىٰ، والنَّصيب من الشَّركة معلوم.

ثم الاستدلال بالمضاربة صحيحٌ [لأنها][٤] كانت شركةً، لا عقد جعالة؛ لأن العامل بهذا العقد يصير عاملا لرب المال في الأصل، حتىٰ يكون الملك الحاصل بالشِّراء له، وإن أشير[٥] إلىٰ المال إذا نوي له، كالوكيل، وقد صحَّ مع الجهالة للمعنىٰ الذي هو موجود في الشَّركة علىٰ ما قررنا علىٰ أنها تنعقد شركةً، لا جعالةً.

لأن الجعالة ليست بتمليك مبتدإٍ علىٰ ما ذكرنا: أن الهاشميَّ لا تحل له العُمالة من الصَّدقات، فلو جُعل تمليكًا مبتدأً لحلَّت، كالفقير إذا أهدي الصِّدقة

[١] «ص» (فالاتصال).

[٢] «ص» (يكون).

[٣] «أ» «ن» (لإكساب)، والمثبت من «ص». في «أ» (عبد)

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (لم يسر)، «أ» (فإن أشير).

إليه، فثبت أنه في حال حق المال في حكم الإخراج إلىٰ المستحقّ، لا من قِبل المعطىٰ إليه، وهو الفقير.

وفيما نحن فيه لا سبيل إلىٰ أن يجعل في حكم الإخراج إلىٰ مستحقٍّ، لا من قِبله، فإن المضارب ما صار[١] مستحقًّا إلا بشرطه، وما جعل إليه في الشَّرع هذا إلا بشرط هو سببُ استحقاقٍ مبتدإٍ ليصير الأجر[٢] مستحقًّا إياه بحكم سببه.

وما جعل إليه جعل[٣] الرَّجل مستحقًّا بنفسه بلا سبب استحقاق يباشره في ماله[٤]؛ لأنه لا ولاية علىٰ النَّاس فيجعلهم مستحقِّين أو محرومين، إنما ذلك إلىٰ الله تعالىٰ، وإلينا التَّصرُّف فيما هو لنا من الأموال. فثبت أن الحق لا يثبت للمضارب بإيجابٍ من قبل رب المال له، والجعالة يملكها المجعول له بسبب استحقاق ثبت له بنفسه [من المالك][٥] كما للفقير في استحقاق الزكاة علينا. فمتىٰ كان تنصرف[٦] من المالك في ماله لم تكن جعالة من جنس جعالة العامل في الصَّدقات، بل كان تمليكا من جنس ما يكون من العباد.

فأما أن تعتبر بالتَّمليك بغير عوض أو بعوض فلا، وجعل[٧] بعض الرِّبح بعوض العمل لم يستقم؛ لأنه مجهول، ولأن[٨] جعل ابتداءً؛ لأنه تمليك

---

[١] «ص» (ضارب).

[٢] «ص» (الآخر).

[٣] «ص» (جعله).

[٤] «ص» زيادة (ثم الرجل بكونه مستحقا شطر ماله لا بدلا).

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٦] «ص» (كان ينصرف).

[٧] «ص» وحاشية «أ» (فلأن جعل).

[٨] «ص» (ولئن).

بخطر الوجود[١].

❁ **فإن قيل:** التَّمليك بخطر الوجود يجوز بعذر كالمسابقة بين فرسين، فإن السَّابق الذي جُعل الاستحقاق له يملك[٢] فرس صاحبه بسبقه[٣]. وفيه تمليك بخطر، وجوز لحاجتهم إلىٰ علم[٤] المسابقة للحرب، وقلَّ ما يرغب فيها بغير شيءٍ، فجوِّز[٥] بالخطر دفعًا لهذا العذر.

فكذا فيما نحن فيه جوِّز للعذر الذي قلناه: إن في النَّاس من يعمل، ولا مال له، وفيهم من له مال، ولا عمل له. وقلَّ ما يرغب في الجمع بلا نصيب، فعلِّق ملكُ النَّصيب بالموجود[٦] هبة مبتدأة.

❁ **قلنا:** إنما جاز في السبق بخلاف القياس، فلم يجز قياس غيره عليه؛ ولأن العذر فيه أمر الحرب الذي بعث النبي ﷺ لأجله(٧) ولا بد منه.

---

[١] «ص» (الوجوب).

[٢] «أ» (بملك).

[٣] «ص» (يستقيم).

[٤] «ص» (عمل).

[٥] «ص» (بغير مال فجوزناها).

[٦] «ص» (بالوجود).

(٧) لعله يقصد حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «بعثت بالسيف حتىٰ يعبد الله لا شريك له، وجعل رزقي تحت ظل رمحي، وجعل الذلة والصغار علىٰ من خالف أمري، ومن تشبه بقوم فهو منهم». رواه أحمد (٥٢٠٩)، وابن أبي شيبة (١٩٧٤٧)، والطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (٢١٣/١، رقم: ٢٣١) والطبراني في «الكبير» (٣١٧/١٣، رقم: ١٤١٠٩). ورواه أبو داود (٤٠٣١) مختصرا، وليس فيه الشاهد. قال ابن حجر في «فتح الباري» (١١٥/٦): «وفي الإسناد عبد الرحمن بن ثابت بن ثوبان مختلف في توثيقه». وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (٢٦٧/٥): «وفيه عبد الرحمن بن ثابت بن ثوبان وثقه ابن المديني وأبو حاتم وغيرهما وضعفه أحمد وغيره، وبقية رجاله ثقات».

فعذر[١] الحاجة إلى المال لا يبلغ درجته فلم يصحَّ بخطرٍ، فلم يبق إلا وقوع الملك بحكم التفرع عن أصلٍ[٢] مشترك: العمل والمال، فالتِّجارة تقوم بالعمل ولا تستغني عن المال، ولكل واحد تأثير في ملك الحاصل بالعقد، فجعل عمله في قدر رأس المال لرب[٣] المال، وفي الزيادة لنفسه، فتصير الزيادة مضافة إلى العمل والمال جميعًا. فتكون بينهما.

واحتيج إلى الشَّرط لإعلامه؛ لأن الإضافة الى العمل حكمي لا حسي، فلا يُدرى كم هو من المال؟ لتمكن القسمة فاحتيج إلى بيانه بالشَّرط. وإذا ثبتت الشَّركة في الفرع لاشتراك بينهما بين العمل والمال ـ ولا اختلاط[٤] بينهما ـ تثبت الشَّركة فيما نحن فيه لاشتراك بينهما في[٥] العمل [والمال ولا اختلاط[٦] بينهما ثبتت الشركة فيما نحن، لاشتراك بينهما بين العمل][٧] والعمل[٨] من طريق الأولى؛ لأن العمل هو السَّبب الموجب للملك، والمال شرطٌ، ولم يكن الاختلاط شرطًا، ولا اتفاق الجنس، ولا شيء مما اعتبره الشَّافعي - رحمه الله - ، فإنها كلها معدومةٌ في المضاربات.

ولهذا[٩] أوجبنا على المضارب الزَّكاة في نصيبه من الرِّبح؛ لأنه يساوي

---

[١] «ص» (فقدر).

[٢] «أ» و«ن» (الفرع على أصل)، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (كرب).

[٤] «ص» (اختلاف).

[٥] «أ» و«ن» (بين)، والمثبت من «ص».

[٦] «ص» (اختلاف).

[٧] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٨] «ص» (لاشتراك بينهما في العمل).

[٩] في حاشية «أ» (مسألة).

رب المال في سبب الملك وهو الشَّركة، فيستويان في المال[١] بذلك السَّبب.

ولهذا[٢] لم نجوز ضمان الجُعل برد الآبق والضالة؛ لأنه إن جُعل إجارة لم يجز؛ لأن الأجر[٣] مجهولٌ، والعمل مجهولٌ. وإن جعل عُمالة لم يصح؛ لأنه ليس إلينا طريقها.

ولهذا المعنى قلنا[٤]: لا يملك الوكيل أن يوكِّل غيره؛ لأنَّ الغرض حصول ما سماه من السِّلعة، ولَمَّا عيَّنه للشراء اختص به؛ لأن النَّاس يتفاوتون في تحصيله.

فأما فيما نحن فيه فالعقد تناول عملا محصِّلًا للنماء، وإنه لا يحصل بالواحد، ولكن بالعقود مرة بعد أخرى على ما عليه عمل التِّجارة، وعمل التِّجارة لتحصيل الأرباح لا يقتصر على عمل الإنسان بنفسه، فإنه لا يتفرغ [له][٥]، ويملُّ عنه في الأحايين، بل يكون به وبغيره. فدلالة حالِ هذا الأمر لم يوجب القصر عليه، بل دلَّ على التَّعدِّي، فلم يثبت الفضل[٦].

والأصل في مثل هذا العمل المطلق الذي لم يعلم بالمدَّة أن يصحَّ منه ومن غيره، كما إذا استؤجر ليخيط له هذا القميص بدرهمٍ، فخاط غيره بأمره استحقَّ الأجر؛ لأن المقصود إثبات الوصف للثوب، وبه يصير معلوما، لا منافعه[٧]

[١] «أ» (الملك).

[٢] في حاشية «أ» (مسألة).

[٣] «ص» (الأجير).

[٤] «أ» و«ن» (قلناه)، والمثبت من «ص».

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ص»، والمثبت من «ن».

[٦] «ص» (الفصل).

[٧] «ص» (بمنافعه).

وهذا من هذا القبيل، وإنما يختص به بدلالة الحال.

ولأن الأمر بفعلٍ موجبٌ[١] الائتمار به، فإذا أمره ببيعٍ خاصٍّ كان الائتمار به أن يبيع، لا أن يأمر ببيعٍ، وإذا أمره بتجارة عامَّة كان الأمر بها من التِّجارة؛ لأنه لابدَّ للتجارة في عموم التِّجارة في المدد من الاستعانة بغيره، فتصير الاستعانة من التِّجارة حكمًا، وإن لم تكن منها حقيقة، كإهداء المطعوم، واتخاذ الدَّعوىٰ، وإعارة ميزان، ونحوها مما لابد للتِّجارة منه، فدخلت تحتها ضرورة، فكذا الأمر بالتِّجارة ليس بتجارة حقيقة، ولكن صار منها حكمًا لعدم استغناء التاجر عنه عند عموم التِّجارات.

❁ فإن قيل: أليس المضاربة إذا فسدت استحقّ [العامل][٢] أجر المثل؟

❁ قلنا: وقد قلتَ: إنها ليست بأجرة إذا صحَّت، فهذا إشكال يلزم الكلَّ.

ثم الجواب: إنها فسدت ولم توجب شركة في الرِّبح، وهو عاملٌ في الأصل لرب المال، فيكون الرِّبح له إذا بطلت الشَّركة، وقد شُرط له بعض ذلك، وهو ماله[٣] بإزاء عمل شرط عليه شرط عليه لنفسه فيكون إجارة محضة، إلا أنها فاسدة لجهالة المدَّة، فدل أن الجائز منه ليس فيها معنىٰ الإجارات.

وعلىٰ هذا المزارعة والمعاملة تنعقد لإيجاب الشَّركة في الخارج، ومنفعة العامل غير منفعة الأرض.

---

[١] «ص» (موجبه).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (مال).

وإذا ثبت هذا جاء منه أن المعاوضة[١] صحيحة، لأنَّها[٢] مثل الأولىٰ في ثبوت الشَّركة في عمل التِّجارة، إلا أنها خاصَّة في نوع من التِّجارات، فاحتيج إلىٰ تعيينه[٣]، وهذا يتناول كل التِّجارات، فتصير معلومةً بإعلام العين الذي منه تحصل التِّجارة؛ لأنه مكان العمل.

كمن باع عبداً من عشرة، لابد[٤] من إعلامه، وإذا باع جميع من في الدَّار من العشرة[٥] صحَّ من غير تعيين.

وقوله: «لا أدري ما المفاوضة، ولو جازت لما فسد عقد بينهما» تناقض؛ لأنا متىٰ لم ندر شيئًا لم ندر صفته من جواز أو فساد علىٰ أنا عرّفناها.

وقول محمد بن الحسن في اللغة حجَّة، وله اشتقاق ظاهر، يقال: فاض الماء؛ إذا غلب وانتشر، واستفاض الخبر؛ إذا اشتهر. وأفضىٰ المرأة بالجماع؛ إذا جمع بين المسلكين، وفوَّضت أموري إلىٰ الله: إذا سلَّمتها[٦]. والأمور صارت فوضىٰ: أي مهملة مسلَّمة إلىٰ القدر.

وقول الشاعر(٧):

لا يصلح النَّاس فوضىٰ لا سراةَ لهم ❊ ولا سَراةَ إذا جهَّالهم سادوا

---

[١] «ص» (معارضة).

[٢] «أ» «ن» (أنها)، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (العينية).

[٤] «ص» (لأنه).

[٥] «ص» (الغنيمة).

[٦] «أ» «ن» (فوضت أمري إلىٰ الله إذا سلمها)، والمثبت من «ص».

(٧) ينسب للأفوه بن مالك الأودي، والبيت من البسيط. انظر: «المزهر في علوم اللغة» (١/١٢٩)، و«الصحاح» (٣/١٠٩٩).

أي متساوين[١].

فسميت هذه الشَّركة مفاوضة لاستفاضته وعمومه وتسليم كل واحد منهما عمل التِّجارة إلىٰ صاحبه، والتَّساوي بينهما في جملة التِّجارات، فكان كالعنان إلا من حيث العموم والمساواة[٢]، فمن حيث اقتضىٰ المساواة كان التَّساوي في رأس المال شرطا، وكذلك في الرِّبح، وكذلك التَّساوي في ضمان التِّجارات؛ لأن التِّجارات لا تكون إلا بضمان، كما لا تكون إلا بمال، واكتساب مال، فاقتضىٰ التَّساوي في عموم التِّجارات التَّساوي في صفتيها: الضَّمان والنفع جميعًا.

ولا يثبت التَّساوي في النفع إلا بتساويهما في شرط الرِّبح، وجميع أنواع ما يكون تجارة. منها: بيع الحنطة سلما؛ فإنه تجارة المفاليس يطلبون مالا بهذا[٣] البيع ليستربحوا[٤] عليه بالتَّصرُّف فيه إلىٰ حين المحل، ولم يكن التَّساوي في الضَّمان إلا بالكفالة؛ لأن أحدهما قد يزداد شراؤه للآخر.

ثم الكفالة وإن بطلت بمجهولٍ[٥] قصدًا جاز أن تثبت تبعًا للمفاوضة وصفةً[٦] لها، فالأصل ثبوت الشَّركة في عمل التِّجارات، والمساواة صفةٌ لها، وكذلك الكفالة بمجهول، وإن بطلت قصدا جاز ثبوتها تبعًا لهذا العقد وصفًا له[٧]، وهو

[١] «ص» (متساورين).

[٢] «ص» (والمشاركة).

[٣] «ص» (بجهة).

[٤] «ص» (ليستردوا).

[٥] «ص» (لمجهول).

[٦] «ص» (للمعاوضة وصفا).

[٧] «أ» «ن» (لها)، والمثبت من «ص».

المساواة في ضمان التِّجارة، كما تدخل الأوصاف تحت البيع تبعًا وصفةً للجملة، ولم تدخل قصداً.

فالتِّجارات أنواع:

* شراء بمالٍ حاضرٍ، وشركة العنان من تلك الجملة.

* وشراء بمالٍ في الذِّمَّة غير حاضرٍ، وشركة الوجوه من تلك الجملة.

* وتقبل أعمالٍ في الذِّمَّة يحصل المال بالعمل على ما يقبل، وهي[1] شركة تقبُّل الصناعات.

* وشركةٌ عامَّةٌ، وهي شركة المفاوضة، فتعمُّ الوجوه كلها.

[١٠٦٧] **مسألةٌ**: مفاوضة الذِّميِّ المسلم باطلةٌ عند أبي حنيفة ومحمَّد.

وقال أبو يوسف: صحيحة.

لأنَّ الذِّميَّ يساوي المسلم في التزام ضمان أنواع التِّجارات، وامتلاك الحاصل بها، فتصحُّ المفاوضة معه، كما تصحُّ للشَّافعيِّ مع[2] الحنفيِّ.

ولأنَّه تصحُّ مفاوضته مع ذميٍّ آخر، ولو لم يكن من أهلها لما صحَّت، كما لو باع الميتة[3].

ولأنَّ من كان من أهل المفاوضة مع[4] إنسان كان كذلك عامًّا؛ لأنَّ صحَّتها

---

[١] «أ» «ن» (وهو)، والمثبت من «ص».
[٢] «أ» «ن» (من)، والمثبت من «ص».
[٣] «ص» زيادة (وكذلك مع المسلم).
[٤] «ص» (في حق).

تتعلَّق بشرائط توجد فيها، لا في غيرها[١].

ألا ترىٰ أنَّ العبد لَمَّا لم تصح مفاوضته مع الحرِّ لم تصحَّ مع عبدٍ آخر.

إلَّا أنَّا نقول: إنَّ المفاوضة شرط صحَّتها ثبوت المساواة بينهما في ضمان الكسوب أجمع وخراجها، ولا مساواة في باب التِّجارة بين المسلم والذِّميٍّ؛ فإنَّ الذِّميَّ يتَّجر في الخمور والخنازير، والمسلم لا يتَّجر فيها.

❊ فإن قيل: هذا يبطل مفاوضةَ الكتابيِّ المجوسيَّ فإنَّها صحيحةٌ، والكتابي يؤاجر نفسه من المسلم للذَّبح، والمجوسي: لا.

۞ قلنا: إنَّ المجوسيَّ إذا آجر نفسه من المسلم للذَّبح صحَّ، ولكن عليه أن لا يذبح بنفسه، ولكن يستعين بمسلم[٢] علىٰ أنَّ كل واحدٍ منهما يملك الإكساب من جهة الإجارة للذَّبح، وإنَّما يختلفان فيمن يعاقدُه، والعبرة لأنواع العمل علىٰ سبيل التِّجارة، لا لمن يعاقده، فإنَّ التِّجارة اسم للعقد، لا للعاقد، والعقد انعقد علىٰ الشَّركة في التِّجارات.

❊ فإن قيل: فكذلك التِّجارة اسم لتبادل مالٍ بمالٍ، لا مالٍ بعينه، فتعتبر المساواة بينهما في أنواع التِّجارات، لا في مالٍ بعينه، والمسلم يساوي الذِّمي في أنواع الأشرية[٣] الَّتي هي تجارة، إنَّما يفارقه في محلٍّ بعينه[٤].

۞ قلنا: إنَّ الرِّبح إنَّما يحصل ببيع مالٍ وشراء مالٍ، فلابدَّ من اعتبار المال

---

[١] «ص» (بشرط يوجد فيه لا في غيره).

[٢] في حاشية «أ» زيادة (آخر).

[٣] «ص» «أ» (الأشربة)، وضبطت بالوجهين جميعا في «ن»، والمثبت أظهر في نظري.

[٤] «ص» (بيعه).

لتحصيل الرِّبح بالتِّجارة، وليس يحصل ببيعٍ من فلان بعينه والشِّراء منه، بل فلان يعتبر[١] لتتميم العقد، لا لتمييز الرِّبح، والمال شرط لتمييز[٢] الرِّبح، كالتَّصرُّف نفسه.

ألا ترىٰ أنَّا كما نرىٰ في الأسواق اختلاف النَّاس في اختيار الصناعات لتحصيل المال، وكل إنسان اختارَ ضربَ صناعةٍ علىٰ اجتهادٍ أنَّها أنفع، اختارَ ضربَ مالٍ بعينه للتَّصرُّف فيه، فمنهم من يتصرّف في الكِرْباس(٣)، ومنهم من يتصرّف في الخزِّ، ومنهم في البَزِّ[٤]، ولم يجد اختيار العاقدين.

ألا ترىٰ في باب المضاربة إنَّما يحصل الرِّبح علىٰ سبيل الشَّركة علىٰ ما مرَّ، وإنَّما تثبت الشَّركة بعمل هذا ومال ذاك، وكما تقبل تخصيص التِّجارة تقبل تخصيص محلِّ التِّجارة من الأموال، ولا تقبل تخصيص المعاقد[٥]، فلولا أنَّهما يعتبران لإفادة هذه الثَّمرة وإلَّا لم تثبت الشَّركة فيهما بهما، وقطُّ لا تثبت الشَّركة في الرِّبح بالعقد[٦].

بخلاف الحنيفي والشَّافعي؛ لأنَّ الحنيفي لا يعتقد للشَّافعي مالًا لا يعتقده لنفسه، وكذلك الشَّافعي، فإنَّ متروك التَّسمية عمدًا **عندنا** ليس بمالٍ في حقِّ المسلمين أجمع، وعندهم مالٌ في حقِّ الكلِّ، فما ثبت[٧] بينهما تفاضلٌ فيما هو

---

[١] «أ» «ن» (تعيين)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٢] «ن» (ليتميز).

(٣) الكرباس، والكرباسة: ثوب فارسي، وبائعة كرابيسي، وهي فارسية معربة. انظر: «المحكم والمحيط الأعظم» (٧/١٦٢)، و«المخصص» (١/٣٨٦).

[٤] «ن» (البر).

[٥] «ص» (العاقد).

[٦] «ص» (بالعاقد).

[٧] «أ» (فأثبت)، والمثبت من «ن» و«ص».

مالٌ ، والمسلم يعتقد أنَّ الخمر مالٌ للذِّميِّ دونه ، فيزداد[١] ماله .

وشبهة أبي يوسف: أنَّ رأس المال في مسألة الشَّركة غير معتبر لاستحقاق الرِّبح [بها][٢] ، بل يضاف حكم الشَّركة في الرِّبح إلىٰ العملين ، لِمَا ذكرنا أنَّ عقد الشَّركة يثبت لإيجاب الشَّركة في العمل ، ثمَّ الرِّبح يحصل بالشَّركة ، لا بتفرُّع الأصل المشترك ، وهو العمل منهما دون رأس المال .

بخلاف المضاربة ؛ لأنَّه لا عمل من ربِّ المال ، فلذلك اعتبر المال في مقابلة العمل من الجانب الآخر ضرورةً .

والجواب: أنَّه[٣] وإن كان كذلك ، فلابدَّ أن يكون للمال أثرٌ في إيجاب الرِّبح .

ألا ترىٰ أنَّ المال يزداد فيحصل به الرِّبح ، كما يحصل بالتَّصرُّف بأن يهتدي العامل إلىٰ قيمته فيشتريه علىٰ وجهٍ يربح فيها .

[١٠٦٨] مسألةٌ: إذا ادَّعىٰ رجل علىٰ آخر أنَّه مفاوضه ، وأنكر الآخر ، فأقام البيِّنة عليه ، وقضي بما في يده بينهما نصفين ، ثمَّ ادَّعىٰ ذو اليد اختصاصه بعينٍ أنَّه[٤] ورثه ، أو وُهب له ، وأقام البيِّنة= لم تقبل عند أبي يوسف .

وعند محمَّد: تُقبل .

---

[١] «ص» (ليزداد) .

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» .

[٣] «ص» (أنه) .

[٤] «ص» (لأنه) .

لأنَّ القضاء وقع بالعقد على ما ادَّعى، والمناصفة[١] في المال لم تثبت قضاءً، ولكن بحكم العقد[٢] بظاهره، كما لو أقرَّ بالمفاوضة[٣]؛ فإنَّ المال يكون بينهما نصفين؛ لأنَّ موجبه هذا بالظَّاهر.

ولو ادَّعى الاختصاص بعد الإقرار سُمعت؛ لأنَّه محتمل أن يرث أحدهما شيئًا دون الآخر، أو يوهب له فيختص[٤] به، فكذلك ههنا.

وهذا كمن ادَّعى على آخر دارًا أو أرضًا وأقام البيِّنة قُضي له بها، [ويستحقّها ببنائها وأشجارها، فلو ادَّعى المنكر أنَّ البناء له بناه أو الشَّجر له غرسها وأقام البيِّنة؛ قضي له بها؛][٥] لأنَّ المدَّعي ما ادَّعى إلَّا الأصل، فلا يقضى له إلَّا بذلك، إلَّا أنَّه استحقّ البناء والشَّجر بظاهر الاتِّصال بأرضه.

فصار بمنزلة رجل ادعي عليه شيء فأنكر؛ فإنَّه يقضى له بظاهر يده، وتكون بيِّنة المدَّعي مسموعةً.

إلَّا أنَّ أبا يوسف يقول: إنَّ الدَّعوى[٦] غير مسموعةٍ على عقد الشَّركة؛ لأنَّه يبطل بإنكار الآخر؛ لأنَّه عقد غير لازمٍ، وهي[٧] بمنزلة الوكالة على ما مرَّ، والوكالة تَبطل بالإنكار، وكذلك كل عقد غير لازمٍ، فإنَّ الإنكار يكون ردًّا، وإنَّما

[١] «ص» (والمناقضة).

[٢] «ص» (يحكم للعقد).

[٣] «ص» (المعاوضة).

[٤] «أ» (لمختص)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٥] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

[٦] «ص» (إن بينة المدعي).

[٧] «ص» (وهو).

سمعت دعوىٰ موجبة، وهو أنَّ ما في يده بيننا نصفين، والقضاء يقع بذلك أيضًا، فتصير المناصفة[1] مقضيًّا بها بالبيِّنة، لا بالظَّاهر، فلا تُسمع بيِّنة المقضي عليه بعد ذلك علىٰ مطلق الملك، بخلاف ما ذكر.

وشبهة محمَّد: أنَّ الشُّهود إنَّما علموا بالمفاوضة لا بالمناصفة[2]، فيكون القضاء بقدر البيِّنة، فالعقد وإن انتقض قضي بموجبه [علىٰ][3] حسب ما يكون حال قيامه، وحال القيام لا يقتضي الشَّركة بينهما في كلِّ عين علىٰ الحقيقة، بل علىٰ الظَّاهر إذا عيَّن مالًا من الجملة، فكذلك الآن.

[١٠٦٩] **مسألةٌ:** إذا كفل أحدُ المتفاوضين بمالٍ لزم شريكه عند أبي حنيفة.

وقال صاحباه: لا يلزم؛ لأنَّه[4] تبرُّعٌ.

ألا ترىٰ أنَّه لا يملكها إلَّا من يملك الإقراض، والقرض ليس من التِّجارة، فصارا أجنبيَّيْن فيه، فلا يلزم صاحبه ضمانًا[5] كضمان المهر، والجناية.

بخلاف ضمان الغصب؛ لأنَّه يفيد الملك في المضمون، والمضمون مال، فكان بمعنىٰ ضمان التِّجارة.

ألا ترىٰ أنَّ العبد المأذون لو كفل لم يؤاخذ به، ولو أقرَّ بضمان غصبٍ أُخذ

---

[1] «ص» (المناقضة).

[2] «ص» (بالمناقضة).

[3] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[4] «ص» (وعندهما: لا يلزم؛ لأن الكفالة).

[5] «ص» (ضمانه).

به، كما لو أقرَّ بضمان الثَّمن.

وكذلك أحدهما لو أقرض مال الشَّركة؛ لم يصحَّ في حقِّ شريكه؛ لأنَّه تبرُّع، وإن كان فيه ضمان.

وكذلك لو أعتق شقص عبدٍ لم يؤاخذ شريكه به؛ لأنَّ ضمانه ليس بتجارة؛ لأنَّ سببه عتقٌ وتبرُّع.

وكذلك لو وَهب بشرط العوض؛ لأنَّه ينعقد تبرُّعًا.

فثبت أنَّ العبرة للوضع، والكفالة في وضعها تبرُّعٌ.

إلَّا أنَّا نقول: الكفالة[١] تبرُّعٌ وقوعًا على الذِّمَّة؛ لأنَّه يقرضه[٢] ذمَّته، وهي بمنزلة المبادلة في الضَّمان الواجب بها؛ لأنَّه يلزمه بها مطالبةً بمطالبةٍ[٣] على الأصيل، ثمَّ أداء[٤] يأخذ من الأصيل، والكفالة تنعقد على ذمَّته، فيملكها، وإن لم يدخل تحت الشَّركة، ثمَّ الضَّمان الثَّابت بها له حكم المبادلة، فيلزم شريكه.

كضمان الغصب، فإنَّ الغصب نفسه تعدٍّ وليس بتجارة، والواجب به من الضَّمان حكم التِّجارات[٥]؛ لأنَّه لا يجب على[٦] سبيل المبادلة بمالٍ، بخلاف إقراض عين[٧] المال؛ لأنَّه ليس بتجارة، ويلاقي مالًا مشتركًا، فلم

---

[١] «ص» زيادة (في وضعها).

[٢] «ص» (يعوضه).

[٣] «أ» (بمطالبته بمطالبته)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] في حاشية «أ» (إذا أداء). «ص» (إذا يأخذ).

[٥] «ص» (بحكم التجارة).

[٦] «ص» (إلا).

[٧] «ص» (غير).

ينفذ على شريكه،

وكذلك الهبة تنعقد تبرُّعًا، ويحل المال المشترك، فلم ينفذ.

وأمَّا ضمان العتق فله حكم الصِّلات على ما بيَّنَّا في كتاب العتاق، أنَّه سقط[١] بالموت عند أبي حنيفة إذا كان الإعتاق في المرض.

ولمعنى أنَّ ضمان العتق يجب بالعتق، والعبد بعده الَّذي يجب الضَّمان بدلًا عنه، لا يصلح للتِّجارة، فلم يكن ضمانَ تجارةٍ، وضمان[٢] الغصب بالغصب، وبعد الغصب مغصوب قابل للتِّجارة، فصار ضمان تجارة.

ألا ترى أنَّ المريض إذا أقرَّ بالكفالة أخذ من جميع ماله، بخلاف الهبة.

وإذا قال: «ما دان[٣] لك فلان فهو عليَّ» فمرض، ثمَّ مات[٤] = ساوى المكفول له غرماء الصحَّة، ولو اعتبر تبرُّعًا لما ساواهم، ولكن اعتبر بموصى له[٥]؛ لأنَّ العقد سابق، والعبرة للضَّمان، لا غير، إلَّا أنَّ العبد المأذون لا يؤاخذ به؛ لأنَّ ضمانه لا يتصوَّر إلَّا بعد العقد، والعقد[٦] تبرُّع لا يملكه العبد، والله أعلم.

[١] «ص» (لأنه يسقط).

[٢] «ص» (وضمان الكفالة مقابل بمثله صالح للتجارة).

[٣] في حاشية «أ» (ما ذاب). «ص» (ما كان).

[٤] «أ» «ن» (ثم دان)، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (عوضا).

[٦] «أ» (وللعقد).

|١٠٧٠| مسألةٌ: أحد المتفاوضين إذا قال لشريكه: «اشتر لنفسك جارية تطؤها» فاشترىٰ[١] المأمور، وأدَّىٰ الثَّمن من مال الشَّركة= لم يغرم لشريكه شيئًا عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمَّد: يغرم.

لأنَّ الشِّراء وقع له خاصًّا بدليل أنَّه يطأ الجارية، فإذا أدَّىٰ الثَّمن من مال الشَّركة غرم، كما إذا اشترىٰ طعامًا لقوته وأدَّىٰ الثَّمن من مال الشَّركة.

ولأبي حنيفة: أنَّ الشِّراء وقع علىٰ الشَّركة، فيكون الثَّمن في مال الشَّركة، كما في سائر الأشياء.

والدَّليل علىٰ أنَّ الشِّراء وقع علىٰ الشَّركة: أنَّ هذا الشِّراء ممَّا دخل تحت عقد الشَّركة، بدليل أنَّه لو اشتراها بغير أمر شريكه كانت علىٰ الشَّركة، وبالأمر[٢] لم يرتفع العقد، ولم يتبدَّل، فلم يتبدَّل موجبه.

ألا ترىٰ أنَّ الشِّراء للقوت لَمَّا كان يقع له علىٰ الخصوص وقع له، وإن لم يأمره صاحبه به.

❖ فإن قيل: إنَّ الشَّركة تعمُّ إلَّا قدر ما يحتاج إليه لقضاء[٣] مصلحته.

ألا ترىٰ أنَّ قدر القوت والكسوة لا يدخل تحت العقد لقيام الحاجة إليهما، والحاجة ربَّما تقع إلىٰ الوطء، فإنَّ شهوة الفرج إحدىٰ شهوتيه الأصليَّة الَّتي لا

[١] «ص» وحاشية «أ» (فاشتراها).

[٢] «ص» (وبالإذن).

[٣] «أ» (القضاء).

يصبر الإنسان عنهما[١] في العادة، إلَّا أنَّ[٢] شهوة البطن وقوعها[٣] معلومة، والأخرىٰ غير معلومة، فلم يثبت الاستثناء في شهوة الفرج لكونها غير معلومة، فإذا اتَّفقا علىٰ ثبوتها صارت معلومة في حقِّهما فأوجبت الخصوص، كشهوة البطن في حقِّ القوت، وإذا كان قبل الاتِّفاق كان الأمر مبنيًّا[٤] علىٰ العدم في الظَّاهر، فلم يثبت الاستثناء، كما في الكسوة فوق الحاجة.

۞ **قلنا:** لَمَّا لم تكن هذه الشَّهوة معلومةَ الوقوع في مدَّة الشَّركة لم يثبت الاستثناء حال الوقوع[٥]؛ لأنَّها معدومة للحال، والوقوع محتملٌ، فلا يثبت بالشَّك، فتبقىٰ العبرة لحال العدم، وإذا لم يثبت الاستثناء أوجبت الشَّركة فيها موجبها، فلا تتغيَّر[٦] ما بقيت؛ لأنَّها توجب المساواة، والشَّركة علىٰ العموم، ولا تصحُّ بدونها، إلَّا ما لم يمكن من حيث الضَّرورة، فيتقدَّر بقدرها.

وسبيله سبيل المعتكف، فإنَّ الاعتكاف يوجب لبثًا أبدًا، ولو خرج لغائط أو بول أو جمعة لم يفسد؛ لأنَّ الخروج للغائط لابدَّ منه، وكذلك إلىٰ الجمعة؛ لأنَّ وقوعها معلوم، فصارت مستثناة بالضَّرورة، فلم يفسد بها الاعتكاف، وبمثله لو خرج لصلاة الجنازة فسد؛ لأنَّ وقوعها[٧] غير معلوم، فلم تصر مستثنًىٰ، فهذا **وجه قوله.**

---

[١] «أ» (عنها)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «ص» (ألا ترىٰ).

[٣] «ص» (وقوعا).

[٤] «ن» (مبقيا).

[٥] «ص» (العقد).

[٦] «ص» (يعتبر).

[٧] «أ» «ن» (وقوعه)، والمثبت من «ص».

ووجه قولهما: أنَّ الحاجة توجب الاستثناء، والعدم غير متحقِّق[١] في حقِّ الوطء، وسبب الشَّهوة قائمٌ، فلم يدخل تحت الشَّركة بشراء[٢] الجارية باتًّا، بل على سبيل التَّوقُّف، فإذا جاءت الحاجة وتحقَّقت تبيَّن أنَّه لم يكن داخلًا.

بخلاف مسألة الاعتكاف؛ لأنَّ صلاة الجنازة ليست بفرض عينٍ عليه، فلم تكن من حوائجه الأصليَّة، فلذلك لم يراع حال توهُّم وقوعها.

والجواب: أنَّ موجب الشَّركة التَّعميم والخصوص بالحاجة، فلا يوجب[٣] تغيير حكم العموم لاحتمال الخصوص وتوهُّمه على ما بيَّنَّا في أصول الفقه أنَّ العام بمنزلة الخاص.

إلَّا أنَّهما يقولان: هذا عمومٌ ثبت خصوصه بحاجة الفوت[٤]، فيبقى محتملًا للخصوص فيما وراءه لقيام دليلٍ مثلِ الأوَّل.

❖ **فإن قيل:** أليس يحل له وطء هذه الجارية؟ فكيف يكون على الشَّركة؟

◉ **قلنا:** كما يحلُّ له وطؤها إذا وهب له نصيبه بعد الشِّراء بلا أمر.

❖ **فإن قيل:** فأين الهبة ههنا؟

◉ **قلنا لهم[٥]:** هذه مسألة أخرى غير مسألة الثَّمن.

---

[١] «ص» (مستحق).

[٢] «ص» (شراء).

[٣] «ص» (يجب).

[٤] «ص» (القوت).

[٥] «ص» (لهما).

ثمَّ الوجه[١]: أنَّه لَمَّا قال له: «لنفسك فتطؤها[٢]»، ولا يملك الإخلاص له[٣] من حيث إخراج هذا الشِّراء وحده عن الشَّركة، وإنَّما يملك من حيث تضمين الهبة بعد الشِّراء ضمنا الهبة[٤] في الأمر بالقبض لنفسه بعد الشِّراء.

ولو اشترىٰ جاريةً بينهما، ثمَّ قال أحدهما للآخر: «اقبضها لنفسك» كانت هبة[٥].

وإذا قال لآخر: «أدِّ عنِّي زكاة مالي»، فأدَّىٰ صار واهبًا للآمر، ثمَّ مؤدِّيًا عنه[٦]، وثبتت الهبة في ضمن قبض الفقير، فلأن تثبت الهبة ههنا[٧] في ضمن قبضه لنفسه ليطأها أَوْلىٰ، وهذا مثل ذلك في أنَّه لا يصحُّ إلَّا عن ملك، فإنَّ الوطء لا يحلُّ في ملك الغير، كالزَّكاة لا تتأدَّىٰ بمال الغير، والله أعلم.

|١٠٧١| مسألةٌ: إذا اشتركا في الاحتطاب علىٰ أن يكون من أحدهما العمل، ومن الآخر الآلة[٨] = لم يصحَّ، وكان الحطب للعامل، وللآخر أجر مثل الآلة[٩] لا يجاوز به قيمة نصف الحطب عند أبي يوسف.

---

[١] «ص» (الجواب).

[٢] «ص» (اشتر لنفسك لتطأها).

[٣] في حاشية «أ» (إلا).

[٤] «ص» (للهبة).

[٥] في حاشية «أ» (وكما إذا كان له علىٰ آخر دين فقال آخر: اقبض الدين منه لنفسك كانت هبة).

[٦] «ص» زيادة (ولا تضمن زكاة عن الآمر إلا أن يكون ملكا له، فأثبت الملك له هبة...).

[٧] «ص» زيادة (للمأمور).

[٨] «ص» (الآلات).

[٩] «ص» (آلاته).

وعند محمَّد: [يجب][1] بالغًا ما بلغ.

لأنَّ تسمية نصف الحطب مجهولةُ القدر والعين، فلا تعتبر في نقصان أجر المثل، كما إذا استأجر رجلًا بثوبٍ مروي لعملٍ.

ولأبي يوسف: أنَّ النِّصف معلوم القدر من وجهٍ؛ لأنَّ الحطب كله معلوم، فيصير نصفه معلومًا، ولابدَّ من الحطب ليجب الأجر؛ لأنَّه لا يلزمه أجر الآلة[2] إلَّا إذا احتطب، فأمَّا الثَّوب إذا لم يكن مشارًا إليه ولا معلومًا فلا يعرف قدره بوجهٍ، والله أعلم.

تمَّ كتاب الشَّركة بحمد الله ومنِّه.

---

[1] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[2] «ص» (الآلات).

كتاب المأذون[١]

[بسم الله الرحمن الرحيم][٢]

مسائل المأذون أكثرها يُبتنىٰ علىٰ أنَّ الإذن فكُّ حجرٍ كالكتابة عند علمائنا.

وعند الشَّافعي: أَمرٌ بالتِّجارة كما في الشَّركة(٣).

|١٠٧٢| مسألةٌ: قال علماؤنا: إذا أذن[٤] لعبده في نوعٍ يصير مأذونًا في الأنواع.

وقال الشَّافعي: لا يصير(٥).

لأنَّه أذن للعبد بتصرُّفٍ فيما ليس للعبد بالأمر، فيتقدَّر بقدر ما يتمُّ به ذلك الأمر؛ قياسًا علىٰ الوكالة، والشَّركة والمضاربة، وقياسًا علىٰ ما إذا قال لعبده: «اشتر لي ثوبًا للكسوة أو طعامًا للقوت».

ودلالة صحَّة ما قلناه: أنَّه يتصرَّف في أكسابه، وأكسابه ملك المولىٰ، لا ملكه، فإن ثبت بلفظ الإذن نفسه، نحو أن يقول: «أذنت لك في التِّجارة» لا يدلُّ علىٰ أنَّه فكُّ حجرٍ.

---

[١] وقع كتاب القسمة بعد الشركة في «ص»، ولم أجد فيها كتاب المأذون.

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن».

(٣) انظر: «الحاوي الكبير» (٧/١١٦)، و«العزيز شرح الوجيز» (٤/٣٦٦).

[٤] في حاشية «أ» زيادة (المولىٰ).

(٥) انظر: بحر المذهب للروياني (٥/٨٢)، «حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء» (٥/٣٥٨)، و«العزيز شرح الوجيز» (٤/٣٦٦).

فإنَّه لو قال لآخر: «أذنت لك ببيع مالي هذا» يصحُّ، ويكون توكيلًا ـ كما قال له: «بع مالي هذا» ـ لا فكَّ حجرٍ؛ وهذا لأنَّه وإن كان أمرًا فما فيه إلزام، فإنَّ الوكيل بالخيار بعد الأمر، فاستقام إثباته بلفظ الإباحة والإذن.

ولا يلزمنا قولنا: إنَّه [إذا][١] أذن لعبده في النِّكاح ملَك نكاح امرأتين؛ لأنَّا قلنا: يتقدَّر بقدر ما يتمُّ به ذلك الأمر، والأمر بالنِّكاح فيما نحن لا يتعدَّىٰ إلىٰ غير النِّساء، ولكن يملك واحدةً بعد أخرىٰ، كما يملك في مسألتنا شراءً بعد شراءٍ، بخلاف الوكالة، فلم يكن نقضًا[٢].

والفرق الفقهي: أنَّ المقصود بالوكالة تحصيل ما نصَّ عليه له، والمقصود من الإذن للعبد تحصيل الرِّبح، والرِّبح إنَّما يحصل بعقد مكرَّر، فملك التَّكرار، كما في المضاربة، والشَّركة، والمقصود من النِّكاح بلوغ العبد شهوته من ذلك الباب.

ولأنَّ الإذن بالنِّكاح عندنا فكُّ حجرٍ؛ لأنَّ المستفاد يحصل للعبد، لا حقَّ للمولىٰ فيه، فلم يصحَّ العبد وكيلًا عن المولىٰ فيه، بل كان ناكحًا لنفسه، وكان محجورًا بحقِّ المولىٰ، فاحتيج إلىٰ إذنه لزوال الحجر الثَّابت بحقِّه، لا لتولية العبد وتمليكه ما لم يكن له.

فأمَّا فيما نحن فيه فالتَّصرُّف يقع للمولىٰ كتصرُّف الوكيل، بدليل: أنَّ الملك للمولىٰ فيما يُشترىٰ، فاستقام أن يُجعل نائبًا عن المولىٰ، ووكيلًا من قِبله، كالمضارب.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من حاشية «أ».

[٢] «أ» (نقضا).

ولا يلزمنا قولنا: «إنَّ الثَّمن لا يلزم المولىٰ»؛ لأنَّ المولىٰ قصَد بالإذن تحصيل الرِّبح، لا غير، وذلك بأن يقضي دين التِّجارة من مال التِّجارة، فيخلص الفضل ربحًا له، بلا غرمٍ يتوهَّم، ويفوت بأن يلحَق ذمَّته ثمنٌ؛ لأنَّ الكسب ربَّما لا يفي به، فيصير غرامةً عليه.

وعندنا: لو أمر حرًّا بأن يشتري له شيئًا سمَّاه ليكون ثمنه في ذلك الشَّيء، ويكون الرِّبح إن حصل للآمر= صحَّ الأمر، ولا يلحق الآمر شيءٌ، وإن هلك ذلك الشَّيء قبل أن يبيعه انقلب الشِّراء للوكيل، ويلزمه الثَّمن.

وكذلك قالوا جميعًا في الوكيل بالشِّراء إذا اشترىٰ شيئًا معيبًا، ورضي بالعيب، فإن رضي به الموكِّل كان الشِّراء عليه وله، وإن أبىٰ كان للوكيل، وعليه الثَّمن.

فكذلك العبد عندي هو مشترٍ للمولىٰ، والثَّمن في السِّلعة، فإن هلك المال قبل إيفاء الثَّمن يصير مشتريًا لنفسه، وتلحقه العهدة. إلَّا أنَّه لا يطالب به إلَّا بعد العتق؛ لأنَّ المولىٰ لم يرض ذلك، كما لم يرض علىٰ نفسه، فيصير كضمان الكفالة بغير إذن المولىٰ.

ثمَّ النِّكاح حجَّةٌ عليكم؛ لأنَّه لو نصَّ علىٰ امرأةٍ واحدةٍ لم يملك الأخرىٰ، وكذلك ههنا.

ولهذا قلنا: إذا نهي العبد عن التَّصرُّف في كسب نفسه من تجارته في يده= صحَّ، كما يصحُّ لو كان وكيلًا؛ لأنَّه بأمره كان يتصرَّف.

ولا يلزم إذا استردَّ الكسب منه؛ فإنَّه لا يملك بيعه، وإن لم ينهه؛ لأنَّ

الاسترداد دليل الحجر عن التِّجارة بذلك، فيصير كالنَّهي.

كرب المال إذا استردَّ الوديعة كان عزلًا عن الإيداع بدلالة الحال، لا بعين الاسترداد.

والَّذي يدلُّ عليه: أنَّ العبد لا يملك المال، وصار مملوكًا مالًا بلا خلافٍ بين علمائنا، فصار أعدم لعلَّة التَّصرُّف من حرٍّ في ملك الغير، والأمر محتاجٌ إليه في حقِّ الحرِّ في ملك الغير ليصير مالكًا للتصرُّف فيه، فههنا أولىٰ.

وتبيَّن أنَّ الإذن ليس بفكِّ حجرٍ، ورفعِ مانعٍ، فإنَّه لابدَّ من ثبوت علَّة الملكِ والإطلاقِ أوَّلًا، ليكون الامتناع بمانعٍ وحاجزٍ بعد ذلك.

بخلاف النِّكاح؛ فإنَّه بعد الاسترقاق يملك ملك النِّكاح، فعلمنا أنَّ المالكيَّة باقيةٌ في حقِّه، ولم يملك العقد بنفسه لمانع.

بخلاف الكتابة، فإنَّها فكُّ حجر؛ لأنَّها عَقد علىٰ العتاق عندنا، وتعيين الإعتاق فكُّ حجر في حقِّ ملك التَّصرُّفات؛ لأنَّ المولىٰ لا يوجب له حرِّيَّة؛ لأنَّها ليست في ملكه، ولكنَّه يسقط الرِّق الَّذي ملَكه، فتعود الحرِّيَّة الَّتي كانت للآدمي بأصل الجبلَّة، كالذِّمَّة. أرأيت عن الدَّين تصير صافيةً عن الشُّغل، لا بإيجاب الصَّفاء؛ لأنَّ الصفوة كانت أصلًا كرامةً له بكونه آدميًّا كالحرِّيَّة، وعلَّة هاتين الكرامتين قائمةٌ بعد الدَّين والرِّقِّ، ولكن العارض غلب عليه، وإذا زال العارض ثبت الحكم الأصلي بكونه آدميًّا.

وفي مسألتنا العارض الَّذي غلب علىٰ الحرِّيَّة حكمًا قائمٌ، فعلم أنَّه ثبت بعلَّةٍ أخرىٰ، وهو الإذن.

ولعلمائنا ضروب من الفقه:

فأمَّا محمَّد بن الحسن ؛ فإنَّه احتجَّ ، وقال: إذا أذن لعبده في الصِّباغة أمَا له أن يشتري الصِّبغ ، ويستأجر الأجراء؟ له ذلك ؛ لأنَّه لابدَّ منه بالإجماع ، وإذا اشترىٰ الصِّبغ أمَا له أن يبيع ، وهو كسبه؟ وإذا ملك بيعه ، أمَا له أن يبيع بما شاء؟ فيتعدَّىٰ الإذن الأنواعَ كلها ، وكذلك في سائر الأنواع.

ووجهٌ آخر: أنَّ اسم هذا التَّصرُّف من المولىٰ الإذن ، وتفسيره الإطلاق ، وضدُّه الحجر ، فدلَّ اختصاصه بهذا الاسم علىٰ اختصاصه بحكمه ، فإنَّ هذه الأسماء المشتقَّة وُضعت أعلامًا لمسمَّياتها لمعانيها ، كالسَّلم ، والصَّرف ، والحوالة ، والكفالة ، علىٰ ما بيَّنَّا في مسألة سلم الحال في البيوع.

وإذا كان كذلك عُلم أنَّه من المولىٰ إطلاقٌ ورفعٌ للحجر ، لا توليةٌ للعبد ما لم يكن له ، ولا تمليكٌ للعبد ما كان للمولىٰ ، وأنَّه إطلاقٌ عن تصرُّفٍ كان للعبد ، وكان محجورًا لحقِّ المولىٰ ، وفكٌّ حجر الرِّق في حقِّ اليد حتَّىٰ تصير يده يد نفسه كيد الحرِّ ، ويصير التَّصرُّف مملوكًا له بولايته الثَّابتة بالفكِّ ، كما بعد العتاق[1] ، تثبت الولاية حكمًا لزوال الرِّقِّ ، لا بتمليك المولىٰ ، ولا إشكال في الكتابة.

وإذا ثبت أنَّ الرِّق يقبل هذا الضرب من الفكِّ ببدلٍ ، فكذا يقبل بغير بدلٍ [من طريق الأولىٰ ، كالفكِّ الثَّابت بالعتق ، لما قبِله الرِّق ببدلٍ قبله بغير بدلٍ][2] ، بل أولىٰ ؛ لأنَّ العوض إن كان يوجب لزومًا للتصرّف وقوَّةً ، فإنَّه يوجب صفاءً في

---

[١] «أ» (الإعتاق).

[٢] ما بين [ ] سقط من «أ».

باب صحَّته، فإنَّ الإجارة لا تصحُّ مطلقةً، والإعارة تصحُّ مطلقةً ومؤقَّتةً، والإجارة تبطل بالشُّروط الفاسدة، والهبة لا تبطل، ولا فكَّ بغير عوضٍ إلَّا الإذن في التِّجارة.

فدلَّت هذه الدَّلائل كلُّها على أنَّ الإذن فكٌّ عن حجر الرِّق في حقِّ اليد والتِّجارة، وليس بتمليكٍ ولا توليةٍ.

❁ فإن قيل: الكتابة تصرّفٌ في الرَّقبة بإحلال الرِّق فيها، لا في حقِّ اليد وحده.

❁ قلنا: غير مسلم لكم هذا على ما بيَّنَّا ـ في تحرير المكاتب عن الكفارة ـ أنَّ رقَّه كاملٌ في حقِّ الرَّقبة، كما قبل الكتابة، بل الإذن لما كان فكًّا ـ كالكتابة ـ إلَّا أنَّه بغير بدلٍ.

ثمَّ الإذن لم يوجب خللًا في رقِّ الرَّقبة فكذلك ببدلٍ؛ لأنَّ محلَّ حكم التَّصرُّف ببدلٍ وبغيره واحدٌ، حتَّى كان الملك بالإعارة في حقِّ المحلِّ، وبالإجارة= واحدًا، وكذلك بالهبة، والبيع، وكذلك بالإعتاق بمالٍ وبغير مالٍ.

❁ فإن قيل: الإذن لو كان فكًّا في حقِّ اليد والتَّصرُّف لَمَا ملك المولى أكساب العبد، كما لا يملك من المكاتب، ولصار العبد في يد نفسه كالمكاتب.

❁ قلنا: العبد المأذون في يد نفسه عندنا، والكسب واقعٌ له، ويتصرّف بحكم أنَّه صاحب اليد، حتَّى أنَّ المولى إذا نهاه عن بيع كسب نفسه في يدي العبد لا يصحُّ لبقاء اليد، وهي يدُ نفسه ويد إطلاقٍ، وإذا انتزعه من يده بغير نهيٍ، لا يملك العبد بيعه، إلَّا أنَّ يد المكاتب لازمة فلا يملك المولى إبطالها،

وهذه غير لازمةٍ، فملك المولىٰ إبطالها متىٰ شاء، إلَّا أن يتعلَّق به حقُّ الغريم، فلا يملك الانتزاع بعد ذلك، وإذا صارت يد المكاتب مستحقَّة علىٰ المولىٰ منع ملك المولىٰ، ولم يمنع يد المأذون.

فأمَّا المكاتب فلا يملك حقيقته كالعبد سواءً، والمتصرِّف متىٰ لم يكن من أهل الملك جاز وقوعه وقع الملك لأقرب النَّاس منه، وإن تصرّف بولاية[١] نفسه.

كالحرِّ يشتري شيئًا علىٰ أنَّ البائع بالخيار ثلاثة أيَّام، ثمَّ يموت المشتري، ويجبر[٢] البائع، فإنَّ الملك يقع للوارث بتصرّفٍ فعَله المشتري بولاية نفسه؛ لأنَّه لم يكن أهلًا للملك حين النَّفاذ، وإذا كان علىٰ الميِّت دينٌ، لا يملك الوارث لمانع.

فكذلك الرَّقيق لا يكون أهلًا لملك المال علىٰ ما عرف، كالميت، ومولاه قائمٌ مقامه في مالكيَّته للمال، كالوارث من الميت، فيقع الملك للمولىٰ إلَّا بمانع، ويد المكاتب لازمةٌ ـ علىٰ ما مرَّ ـ حتَّىٰ إذا صارت[٣] يد العبد بالدَّين مستحقّةً منع ملك المولىٰ أيضًا.

ولأنَّ يد المكاتب تفضي إلىٰ العتق بالأداء، فثبت للمكاتب فيه حقُّ التَّملُّك في الثَّاني، وليس للعبد هذا الحقُّ، فلم يمنع، وأشبهَ الميِّت الَّذي ليس له حقٌّ في تركته من وصيَّةٍ أو دينٍ.

---

[١] «ن» (بولا).

[٢] كذا في «أ»، ولم تضبط في «ن» ولعلها (يخير).

[٣] «أ» (صار)، والمثبت من «ن».

ووجهٌ رابع ـ الَّذي عليه الاعتماد، وفيه الحقيقة من حيث الاستدلال ـ: أنَّ هذا التَّصرُّف الَّذي ينفذ من العبد بعد الإذن هو الشِّراء؛ لأنَّه لا يملك البيع ابتداءً، وإنَّما يملك الشِّراء، ولا يُستحقّ بالشِّراء شيءٌ ممَّا هو للمولىٰ؛ لأنَّ المبيع لم يكن له، وإنَّما هو لأجنبيٍّ استحقَّ عليه برضاه واختياره، والثَّمن دراهم في الذِّمَّة وجبت بالتَّسمية، ولم يكن ملكًا للمولىٰ.

أمَّا الدَّراهم؛ فلأنَّها لم تكن أصلًا لتوصف بأنَّها حقُّ المولىٰ.

وأمَّا الذِّمَّة؛ فلأنَّها مملوكة للعبد، كما كانت قبل الرِّقِّ.

ألا ترىٰ أنَّه إذا أقرَّ بدينٍ لزمه، وتصحُّ به الكفالة، ويطالب به بعد العتق، ولو صارت للمولىٰ لما صحَّ.

ولأنَّه بمعنىٰ الذِّمَّة يكون الحرُّ أهلًا لوجوب حقوق الله له وعليه، علىٰ ما عرف في موضعه، والعبد له ذمَّة، فعلم أنَّه بقي في هذا الوصف علىٰ الحرِّيَّة.

ولأنَّ المال المحض لا ذمَّة له، كالبهيمة، ولا تجب الحقوق له ولا عليه، فثبت أنَّه لا يُستحقّ بهذا التَّصرُّف شيءٌ من ملك المولىٰ، ونفس التَّصرُّف لم يكن ملكًا للمولىٰ؛ لأنَّه شراءٌ يوجب دينًا علىٰ العبد دون المولىٰ، ويقع الكسب للعبد لا يخلص للمولىٰ إلَّا بعد الفراغ عن دينه، والمولىٰ لا يملك شراءً يوجب الدَّين علىٰ العبد، ويقع الكسب مشغولًا بدين العبد.

وكلُّ تصرّفٍ لم يملك المولىٰ علىٰ العبد، ولا استحقّ به ملك المولىٰ= كان مملوكًا للعبد، كما قبل الاسترقاق.

كالإقرار بالقصاص والحدود، والإقرار بالدّين، فإنَّ نفس الإقرار بالقصاص

عليه غير مملوكٍ للمولىٰ، ولا يصحُّ منه، ولا يستحقّ به إلَّا حياته، وصفة الحياة غير مملوكةٍ للمولىٰ علىٰ ما بيَّنَّا في الدِّيَات.

فأمَّا قول الخصم: «إنَّ الدَّين لا يلزم ذمَّة المولىٰ، ولا ذمَّة العبد»، فساقطٌ.

لأنَّ الوجوب يختصُّ بالذِّمم، ما يصلح المال محلًّا له، بل هو محلٌّ لأداء الواجب إذا كان مالًا، ولا وجوب علىٰ المولىٰ، فعلم أنَّه في ذمَّة العبد، ولأنَّ أكسابه لم تكن للمولىٰ ليصحَّ أمره فيها، فكيف ما كان لا ينفذ أمره إلَّا في سقوط الحجر ضرورةً.

❁ **فإن قيل:** لو كان مملوكًا للعبد لنفذ الشِّراء، كالإقرار بالقصاص.

❁ **قلنا:** إنَّما لا ينفذ؛ لأنَّ الدَّين لا يجب في الذِّمَّة إلَّا متعلِّقًا بماليَّة الرَّقبة، كما يتعلَّق الدَّين بالتَّركة، والماليَّة حقُّ المولىٰ، فيبطل نفيًا للضَّرر عن المولىٰ. بخلاف القصاص، فإنَّ الوجوب لا يتعلَّق بالمال.

ألا ترىٰ أنَّه إذا باع عبدًا عليه قصاصٌ ثابتٌ في حقِّ المولىٰ، نحو أن يكون مقِرًّا به= صحَّ البيع، ولم يمتنع بسبب القصاص؛ لأنَّ الوجوب غير متعلِّقٍ به، إنَّما يسري إليه الاستيفاء.

وإذا باع عبدًا مديونًا لم يصحَّ، كالمرهون، إلَّا بإذن ربِّ الدَّين؛ لأنَّ الدَّين متعلِّقٌ به.

بخلاف دين ثبت بإقرار العبد، فإنَّ المولىٰ يبيعه، وعليه دينٌ؛ لأنَّ الوجوب غير ظاهرٍ في حقِّ المولىٰ؛ لأنَّ إقراره ليس بحجَّةٍ علىٰ المولىٰ، حتَّىٰ إذا صدَّقه علىٰ إقراره لم يملك بيعه، وكذلك إذا ثبت بالبيِّنة.

وتعليلنا لبيان أنَّه بعد الرِّق يبقىٰ علىٰ الحرِّيَّة، والحرُّ إذا تصرَّف في ملك نفسه علىٰ وجه يبطل حقَّ الغير لم يجز، كما إذا باع الرَّهن، أو العبد المديون، فكذا العبد فيما بقي علىٰ الحرِّيَّة.

وإذا ثبت أنَّ هذا الشِّراء مملوكٌ للعبد، وكان محجورًا لضرر المولىٰ كان الجواز بإذنه بحكم زوال[1] المانع، وارتفاع الحجر، لا بالتَّمليك، والتَّولية ضرورة، كالمولىٰ يبيع عبده المديون بإذن الغريم، أو المرهون بإذن المرتهن؛ لأنَّه إذا لم يملك التَّصرُّف بتمليكه لم يصحَّ تخصيصه بالشَّرط؛ لأنَّه تخصيصٌ فيما لا يملك.

كما إذا أعتقه بشرط أن يعمل كذا دون كذا، وأذن المرتهن الرَّاهن في البيع بألفٍ، لا دونه، ودينه خمسمائة= لم يصحَّ تخصيصه، أو أمره بالبيع من زيدٍ، دون عمرو، وكذلك إذا كاتبه بشرط أن يكسب كذا دون كذا.

❁ فإن قيل: أليس المأذون لا يملك الكتابة بخلاف المكاتب؛ لأنَّ المولىٰ خصَّ التِّجارة فنفذ تخصيصه؟

❁ قلنا: العبد كان محجورًا لما ذكرنا أنَّ الدَّين يتعلَّق بالماليَّة، وهي للمولىٰ، فاحتيج إلىٰ إذنه لسقط حقَّه في ضرر الدَّين.

والدَّين نوعان: دين تجارةٍ، ودينُ ما ليس بتجارةٍ، ودينُ التِّجارة أقلُّ ضررًا بماليَّة الرَّقبة؛ لأنَّ دين التِّجارة يجب بمال يُكسب بإزائه، فيتعلَّق بالكسب أوَّلًا، ثمَّ بالرَّقبة، ودين ما ليس بتجارةٍ يتعلَّق بالرَّقبة، لا غير، فرضاه بسقوط أخفِّ الضَّررين لا يدلُّ علىٰ سقوط الأعلىٰ، فصحَّ التَّخصيص فيما هو حقَّه من ضررٍ

[1] «أ» (زال)، والمثبت من «ن».

يلحقه بأن ميّز ضررًا عن ضررٍ، لا تصرّفا عن تصرّف.

فأمّا دين التِّجارة فله بابٌ واحدٌ في الإضرار، وإذا رضي بدينٍ يلحقه بجهة التِّجارة في البُرِّ، وإنَّه والتِّجارة في الحنطة واحدٌ، بطل تخصيصه في حقِّ الضَّرر، والضَّرر واحدٌ.

وتعليلنا لإبطال التَّخصيص في التَّصرُّف بخلاف الوكيل والشَّريك والمضارب؛ لأنَّ الآمر بما أمر ولاه على نفسه؛ لأنَّ الدَّين بنفس التَّصرُّف يلحَق ذمَّة الآمر، وذمَّته له، فصار كالآمر ببيع ماله، فالمستحقّ بالبيع عين مالٍ وذمَّةٌ، فإذا كان أحدهما للآمر كان توليةً وتمليكًا، لا إطلاقًا محضًا.

وبخلاف الأمر بالنِّكاح؛ لأنَّ [إنكاح][1] العبد نفسه مملوكٌ للمولى بحقِّ ملكه رقبته، كما يملك بيعه، وإنكاح أمته.

ألا ترى أنَّه يزوِّجه على كُرهٍ من العبد عندنا، فكان الأمر به تمليكًا لنفس التَّصرُّف، لا إطلاقًا، كالأمر[2] بإنكاح الأمة.

فثبت أنَّ شراء العبد من قبيل الإقرار على نفسه بالقصاص هو مملوكٌ للعبد، كما قبل الاسترقاق، وإنَّه ممنوعٌ محجورٌ عن التَّنفيذ لِما يتضمَّن من إبطال حقِّ الغير من صفوة ماليَّة المولى، كبيع الحرِّ العبدَ المديون، أو المرهون، فكان الإذن من ذي الحقِّ إطلاقًا برفع الحجر، لا توليةً.

بخلاف قوله: «اشتر لي طعامًا للقوت». فإنَّ الثَّمن في مثله يلزم المولى،

---

[1] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من حاشية «أ».

[2] «أ» (لأمر)، والمثبت من حاشيتها.

فكان توليةً، وإذا كان إطلاقًا للشَّري[1]، وكان مشتريًا بولاية نفسه، ولا يملك بيع ما اشترىٰ لنفسه بأمر غيره، بل بحكم أنَّه اشتراه لنفسه، وبيدٍ قائمة له فيه بحكم فكِّ الحجر عنه، كما يكون بالكتابة.

دلَّ عليه ـ وفيه الجواب عن احتجاجه بعدم ملك المال ـ: أنَّ أصل الفعل الاختياري ممَّا يملك الحيُّ بحياته، والصحَّة فيما هو كلامٌ يتعلَّق بفعله وتمييزه في الأصل، ومن حيث الشَّرع بالخطاب، والوجوب متعلِّقٌ بالذِّمَّة علىٰ ما مرَّ.

وشيءٌ من هذه الأوصاف لم يملك المولىٰ، فالعبد في أنَّه حيٌّ عاقلٌ مخاطبٌ له ذمَّة = باقٍ علىٰ حريَّته، علىٰ ما بيَّنَّا في موضعه، ولهذا تناوله خطاب الله تعالىٰ، ولزمته أحكام الشَّرع، وإنَّها لا تلزم الأموال المملوكة، وصحَّ إقراره بالقصاص.

فعلمنا أنَّ التَّصرُّف بعد هذا إنَّما يقف علىٰ النَّفاذ؛ لأنَّ محلَّ التَّصرُّف الَّذي يستحِقُّ به مملوكٌ لغيره، أو يتَّصل الضَّرر بملكه، وبيَّنَّا أنَّ نفس المحلِّ غير مستحقٍّ للمولىٰ؛ لأنَّ الشِّراء لا يتناول ملك المولىٰ بوجهٍ، فثبت أنَّه وقف بضررٍ يتَّصل بملكه.

ولهذا قلنا: إنَّ العبد المأذون إذا كان كافرًا صحَّ شراؤه الخمر؛ لأنَّه يشتري لنفسه، كما لو أعتق.

ولهذا قلنا: المولىٰ لا يقيم الحدَّ عليه؛ لأنَّه يلزمه من حيث إنَّه نفسٌ مخاطبة، لا أنَّه مال، والمولىٰ لم يملكه من هذا الوجه.

ولهذا قلنا: إنَّ الحرَّ يُقتل بالعبد؛ لأنَّ القصاص يجب بإتلاف الحياة،

[1] «ن» (للشراء).

والعبد ما مُلك[١] من ذلك الوجه، فساوىٰ الحرَّ فيه.

ولهذا قلنا: إنَّ الدِّية إذا وجبت بقتل العبد تُعتبر بضمان الدِّماء، دون الأموال؛ لأنَّ دمه مضمونٌ، والقتل لإتلاف الحياة وإراقة الدَّم، والمال تبع[٢] فيه من حيث الوضع والقصد.

فهذه مسائل لا تُعرف إلَّا بمعرفة ما رُقَّ من المملوك، وصار مالًا، ممَّا لم يصر، وبقي علىٰ ما كان.

وكذلك النِّكاح لا يبطل بالسَّبي عندنا؛ لأنَّ المملوك بالنِّكاح ليس بمالٍ، والسَّبي سببُ ملك المال؛ لأنَّه استيلاءٌ، كالاصطياد، والاحتطاب[٣]، فلا يعمل فيما ليس بمالٍ، كما لا يعمل في إبطال قصاصٍ عليه.

[١٠٧٣] مسألةٌ: إذا رأىٰ عبده يبيع أو يشتري، فسكت، كان إذنًا في التِّجارة.

وقال الشَّافعي: لا يكون(٤)، لما ذكرنا أنَّه توكيلٌ وأمرٌ، فلا يثبت بالسُّكوت.

كما إذا رآه يبيع مال المولىٰ، فسكت لم يجز البيع.

ولأنَّه لَمَّا لم يجز بيعه ذلك المال بدلالة السُّكوت؛ فلَأَنْ لا يجوز بيع مالٍ آخر بعده أولىٰ، ولَمَّا لم يثبت الإذن فيه ففي غيره أولىٰ.

[١] «أ» (مالك)، والمثبت من «ن».

[٢] «أ» (بيع)، ولم تضبط بالنقط في «ن»، والمثبت هو الأصح في نظري.

[٣] في حاشية «أ» زيادة (والاحتشاش).

(٤) انظر: «بحر المذهب» للروياني (٥/٨٢)، و«حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء» (٥/٣٥٨).

ولأنَّ السُّكوت ليس بإذن وضعًا ؛ لأنَّه محتملٌ ، فقد يكون في نفسه عن سخطٍ ، وقد يكون عن رضًى ، وعن خديعةٍ ليتمكَّن منه ، فلا يثبت إذنًا بالسُّكوت ، كلفظٍ يحتمل ضروب معانٍ ، لا يثبت واحدٌ منها عينًا بالشَّك .

ولا يلزم البكر إذا زوِّجت فسكتت ؛ لأنَّ الزَّوج إن كان غير الولي لم يثبت الأمر والتَّوكيل ، ولم يجز النِّكاح بالإجماع ، وإن كان وليّها فليس ذلك من مسألتنا في شيء .

ثمَّ الفرق بينهما: أنَّ القياس أن يجوز نكاح الولي بغير أمرها ، كما في الصِّغر لقيام الولاية ، إلَّا أنَّ الشَّرع علَّق باستئمارها بعد البلوغ نظرًا لها ، والبكر تستحيي عن إظهار الرَّغبة فيه ، فلو علَّق معرفة رضاها بنطقها لفات حقُّها في النِّكاح[١] ، فجعل سكوتها رضًى بهذه العلَّة .

وفي مسألتنا ليس بالمولى مانعٌ عن النُّطق بالرِّضى ليقام[٢] السُّكوت مقامه .

ولا يلزم بطلان حقِّ الشَّفيع بالسُّكوت عن الطَّلب ؛ لأنَّا علَّلنا لِأنْ لا نجعل السُّكوت رضًى ، ولم نجعله رضًى هناك ، إلَّا أنَّ الشَّفيع لم يكن له حقٌّ في المبيع بوجهٍ ، فإنَّ البائع لو جعله هبةً لم يكن له حقٌّ ، إلَّا أنَّ الشَّرع جعل له حقَّ أنْ يثبت له[٣] حقُّ التَّملُّك على المشتري بالطَّلب على المواثبة(٤) ، فإذا لم يواثب لم يثبت له الحقُّ ، لا إن[٥] بطل بالسُّكوت حقٌّ له ثابتٌ .

---

[١] في حاشية «أ» زيادة (أصلا).

[٢] «أ» (لقيام) ، والمثبت من «ن» .

[٣] في حاشية «أ» (لنفسه ، خ).

(٤) في «العناية شرح الهداية» (٩/٣٨٢): «(طلب المواثبة) سمي بها تبركا بلفظ الحديث «الشفعة لمن واثبها» ، أي طلبها على وجه السرعة والمبادرة» .

[٥] «أ» (إلا إن) ، والمثبت من «ن» .

كمن قال لآخر: «بعت منك عبدي بألف»، فلم يقبل حتى قام. لا نقول: بطل من حقٍّ له ثابتٌ شيءٌ، بل كان له أن يثبت لنفسه حقًّا زائدًا بالجواب على المواثبة، فإذا لم يفعل لم يثبت.

ولأنَّا[١] علَّلنا: لِأَنْ لا نثبت الأمر بالسُّكوت، وههنا[٢] أمر، ولأنْ[٣] سلَّمنا أنَّ للشَّفيع حقًّا، فذلك حقٌّ يثبت[٤] له دفعًا لضرر الدَّخيل عليه، ولكن بشرط أن لا يلحق المشتري ضررًا، ولو لم يبن على المواثبة لتضرَّر المشتري؛ لأنَّه يضطرُّ إلى أن يقف عن التَّصرُّف فيه ليظهر حال الشَّفيع في طلبه وعدمه، أو ينصرف فيُقضى عليه بطلبه بعد ذلك، فيبني على المواثبة حتَّى يندفع الضَّرر عن المشتري؛ لأنَّه[٥] إن طلب سلَّم، وإن لم يطلب بطل حقُّه، فلا يلحقه ضررٌ بطلبه بعد ذلك.

واحتجَّ محمَّد بن الحسن في الأصل بأنَّ الحجر الخاص لا يرِدُ على الإذن العام، نحو أن يكون انتشر إذن العبد في النَّاس، فيحجر عليه في بيته= فإنَّه لا يصير محجورًا عليه ما لم يبلغ النَّاس حجره.

لأنَّه لو ثبت الحجر لصاروا مغرورين من قبله بالإذن السَّابق، فإنَّهم يبايعونه على ذلك، فينوي ديونهم بالتَّأخر إلى العتق، ولا يدري أيعتق أم لا؟

فلمَّا بطل حكم نصِّ الحجر دفعًا لضرر الغرور عن النَّاس في هذا[٦]،

---

[١] «أ» (ولا)، والمثبت من «ن».

[٢] في حاشية «أ» (وما ههنا). ولعلها أولى.

[٣] «ن» (ولأنا).

[٤] «ن» (ثبت).

[٥] «أ» (لأنها)، والمثبت من «ن».

[٦] في حاشية «أ» (مداييناتهم).

فلأن[١] يبطل حكم احتمال عدم الرِّضىٰ بالإذن من السُّكوت لدفع ذلك الضَّرر بعينه أَوْلىٰ، وإذا بطل سائر الوجوه[٢] تعيَّن السُّكوت لجهة الرِّضىٰ بالإذن.

❊ فإن قيل: هذا البناء لا يستقيم؛ لأنَّه قد وجد منه إذن نصًّا يصيرون به مغرورين من قِبله لو ثبت الحجر قبل علمهم، وما وجد ههنا إذنٌ يصير به غارًا، بل هم صاروا مغترِّين ببنائهم علمهم[٣] علىٰ سكوتٍ محتملٍ، والمحتمل ليس بحجَّةٍ.

❁ قلنا: من عادات الموالي نهي العبيد عن التِّجارة إذا لم يريدوا إذنه، ومطلق الأعمال وإذنها محمولةٌ علىٰ العادة ما لم يعبِّر[٤] عنها بدليلها، فيصيرون مغرورين بانصراف السُّكوت إلىٰ العادة لو اعتبرنا ما[٥] أراد بقلبه بخلاف العادة، وإنَّه أمرٌ باطن، فكان دون النَّصِّ الظَّاهر بالحجر، فلمَّا ردَّ النَّص فهذا أَوْلىٰ.

ألا ترىٰ أن الدَّراهم إذا سمِّيت انصرفت إلىٰ نقد البلد، وإن كانت الدَّراهم في العالم ضروبًا مختلفة بدلالة العرف والعادة.

❊ فإن قيل: هذا يبطل بعدم جواز ما باع من ماله.

❁ قلنا: لا يبطل؛ لأنَّا بهذا التَّعليل أثبتنا إذن العبد في التِّجارة، وإنه غير إذن العبد ببيع مال نفسه علىٰ ما ينافي المسألة الأولىٰ، بل الإذن في التِّجارة من قبيل إذن المرأة البكر بنكاحها للولي، وقبيل حقِّ الشَّفيع.

---

[١] «أ» (فلا)، والمثبت من «ن».

[٢] «أ» (الوجود)، والمثبت من «ن».

[٣] في حاشية «أ» زيادة (بالإذن).

[٤] كذا في «أ»، ولم تضبط بالنقط في «ن»، ولعل الأولىٰ فيها: تغير.

[٥] «ن» (اعتبر ما).

وبيانه: أن حقَّ المولىٰ في ماله حقُّ ملك الرَّقبة، وضرره في زوال ملكه بإبطال ما أراد بقلبه مما يضادّ الرِّضىٰ فوق ضرر المشتري في شرائه بناءً علىٰ أنه مأذونٌ؛ لأن الشِّراء متىٰ جاز بطل ملك المولىٰ في المبيع، ومتىٰ لم يجز لم يبطل من حقِّ المشتري شيءٌ؛ لأن الثَّمن لا يلزمه وإن سلَّم استرده إلَّا أن ينوي عند العبد، فيتأخَّر إلىٰ العتق، ولما كان ضرر المولىٰ فوق ضرر المشتري ترجَّح اعتبار هذا الجانب، فجعل غير رضىٰ، فأمَّا في أن يصير العبد مأذونًا في التِّجارة فلا ضرر للحال؛ لأنه لا ينتقص به ملكه فيه، ولا يختلُّ، ولا يتعيَّب، وفي الثَّاني عند الشِّراء إن لحقه دينٌ استفاد عينًا مثله يعدله، فيكون الضَّرر منجبرًا.

ولو لم يثبت الإذن لتأخَّر حقُّ المداين إلىٰ حين العتق، فيكون ضرره فوق ضرره، فأوجب ترجيح جانب الإذن.

وكذلك المرتهن إذا رأىٰ إنسانًا يبيع رهنَه ـ وهو ساكتٌ ـ لا يبطل حقُّه؛ لأنَّ حقَّه ملك اليد علىٰ الرَّهن إمساكًا بدينه، وإنَّه نظير ملك الرَّقبة: حقٌّ ثابتٌ يبطل بالبيع.

والمعنىٰ بالحق فيما نحن فيه حقُّ دفعِ ضررٍ يُتوهَّم لحوقُه مثل حقِّ الشَّفيع، فإنه ما بطل من ملكه شيءٌ بالشِّراء، ولا تعيَّب؛ ولكن يتوهَّم لحوق ضررٍ عسىٰ[١] بالدخيل، كحقِّ المولىٰ في الإذن، فإن عبده بعد الإذن كما هو قبله، ولكن يتوهَّم ضرر خُسْرٍ يلحقه، والتَّعليل وقع لمثله.

فأمَّا قوله: «إنَّ الشَّفيع ما له من حقٍّ» فغلطٌ، فالشَّرع جعل الشَّفيع أوْلىٰ بالعرض عليه من غيره إذا أريد بيع شفعته، فلما جُعل مقدَّمًا شرعًا كان ضربَ حقٍّ، ولكن

---

[١] كذا في «أ» و«ن»، ولعلها: خسر.

ثبت له ذلك لدفع ضرر يتوهَّم، لا لملكٍ ينتقص، كالحجر على العبد حقٌّ المولى ثابتٌ، لكن لدفع ضررٍ يتوهَّم بتجارته، لا لملك يزول للحال، أو ينتقص، أو يتعيب، فقد ذكرنا أن العبد مالكٌ للتصرّف الذي هو تجارةٌ، والمولى لا يملك عليه.

❁ فإن قيل: إنَّا لا نسلِّم أن الحجر الخاصَّ لا يردُ على الإذن العام.

❁ قلنا: إن لم نسلِّم فقد ألحقنا به من الكلام ما يكون حجَّةً بنفسه من اعتبار الضَّرر والغرور، فإنه لا ضرر في الإسلام، ولا غرور بالنصِّ والإجماع.

ثم نجيب عنه فنقول: إنَّا أجمعنا أن نسخ الله شريعةً قد اشتهرت لا يلزم قبل البلوغ، وإنما يلزم في حقِّ من بلغه إلَّا أن يشتهر النَّسخ في نفسه، فيرتفع الأوَّل أصلًا حينئذٍ في حقِّ النَّاس أجمع، فلمَّا لم يثبت النَّسخ من الله بحكم عامٍّ إلَّا بعد الاشتهار أو البلوغ؛ نفيًا لضرر عهدة الثَّاني قبل العلم عن النَّاس، فلَأنْ لا يثبت من العبيد أوْلى، وفيه مثل ذلك الضَّرر.

وعلى هذا قلنا: إن عزل الوكيل لا يصحُّ ما لم يبلغه؛ لأنه نسخ.

ولا يلزم رب المال إذا حجر على المضارب، وقد اشتهر أمره فإنَّه يصحُّ، وإن كان خاصًّا؛ لأنَّ ذلك الحجر لصيانة ملكه ليبقى عليه، والملك لا يبطل دفعًا لضرر الغرور على ما مرَّ، ولم يكن هذا نظير نسخ الله أمرًا كان؛ لأنَّ النَّسخ ليس لصيانة ملكٍ لله يخاف زواله ببقاء الأوَّل، فالله تعالى غنيٌّ عن ذلك[١]، بل [لِما][٢] أوجبته الحكمة من الابتلاء لعباده، والله تعالى[٣] ابتلانا على أن لا حرج علينا.

---

[١] «أ» «ن» (زواله بالله على ذلك)، والمثبت من حاشية «أ».

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن».

[٣] «أ» (لعادة الله تعالى)، والمثبت من «ن».

فإذا كان اللزوم قبل البلوغ يوقعنا في حرجِ عهدةِ اللُّزوم بلا إمكان الخروج منها ؛ لأنه لا إمكان قبل العلم= لم يلزمنا ، فكذلك[١] في حجرٍ جُعل حقًّا لنا دفعًا لضررٍ يلحقنا لا يلزم إلا بشرط أن لا يلحق غيره[٢] ضرر مثله على ما قاله الخصم في مسألة الشُّفعة.

ولَمَّا ثبت لنا بهذا الشَّرط لم ينفذ حتى يزول ضرر النَّاس ، وذلك بالشُّيوع.

ولا يلزم إذا رأى عبده يتزوَّج فسكت ؛ لأنَّا لا نروي هذا الفصل ، ولأنَّ النِّكاح ملك المولى على ما قلنا: إنه يزوِّجه كرهًا عندنا ، فلا يبطله ملكه بالسُّكوت ، كما عن ماله ، ولم يكن نظيرًا لما نحن فيه.

الذي يوضِّحه أنَّ الشَّفيع إذا أُكره على تسليم الشُّفعة أو على أن لا يطلبه لا يبطل حقُّ الشُّفعة[٣] ـ وإن ترك الطَّلبة وسلَّم ـ ؛ لأنَّه لَمَّا كان مكرهًا بذلك انعدم دليل الرِّضى ، فثبت أنه إذا سكت طائعًا إنما يبطل شفعته لدليل الرِّضى ، بناءً على عادات الشُّفعاء ، بلا فرقٍ بين حقِّ الشُّفعة وحقِّ المولى في حجر العبد ، ولا فرق بين السُّكوتين في أنهما دليلَا الرِّضى بناءً على العادة ، فيثبت أن هذه المسألة بناءٌ على الأولى على الحقيقة.

وعلى هذا قلنا: إنَّ الصَّبي إذا أُذن له في نوعٍ يصير مأذونًا في الأنواع كلِّها ؛ لأن الصبي في ماله متى صحَّ إذنه لا يتصوَّر متصرِّفًا[٤] بحكم الوكالة عن غيره ، وأن يكون[٥] متصرِّفا بولاية نفسه فوق العبد في أكسابه ، ولما ثبت أنَّ إذن العبد

[١] في حاشية «أ» (ذلك).
[٢] في حاشية «أ» (غيرنا).
[٣] «ن» (لا تبطل الشفعة).
[٤] «أ» (منصرفا) ، ولم تضبط بالنقط في «ن» ، والمثبت هو المناسب للسياق.
[٥] في حاشية «أ» زيادة (هو).

فك الحجرِ[١] ، وإسقاط حقّ المانع[٢] ، فلَأَن يكون هذا كذا أَوْلىٰ وأحرىٰ.

❊ **فإن قيل**: العبد كمُلت له علَّة إطلاق التَّصرُّف بالبلوغ ، والصبي لم يكمل.

❁ **قلنا**: إنَّ العلَّة الشَّرعية كاملةٌ عندنا ، لولاه لما كمُلت بالإذن ؛ لأنَّ نصب الشرائع ليس إلىٰ الولي ، وعلىٰ ما نذكر في تلك المسألة ، إلا أن الصبي مع كمال العلَّة امتنع نفاذ تصرّفاته بناءً علىٰ غالب عادات الصبيان من نقصان آرائهم وعيِّهم[٣] في تجاراتهم ، وجُعل أمر النظر لهم في أيدي أوليائهم وآرائهم ، فإذا أذن له الولي ـ وأمره محمول علىٰ الصَّلاح ـ علم أنه[٤] كامل العلَّة بشهادة الولي له ، والحجر يزول بزوال نقصان الرَّأي ، فعلمت أن الصبي أَوْلىٰ بهذه النكبة[٥] من العبد.

وكذلك إذا رأىٰ الصبيَّ يبيع ويشتري فسكت كان إذنًا ؛ لأن الضَّرر في المسألة الأولىٰ كان يلحق المولىٰ ، وههنا يلحق الصبي لا الولي ، فلمَّا سقط حقُّ المولىٰ في ضرره بسكوته[٦] مختارًا نفيًا للضرر عن النَّاس ، فلَأن يسقط ههنا وضرره أخفُّ وضرر النَّاس أكثر كان أَوْلىٰ.

وبيان خفَّة ضرره في أن يلحق غيره ، [وإنما يتَّصل][٧] به من حيث إنه لم

---

[١] «ن» (حجر).

[٢] «ن» (مانع).

[٣] «ن» ، «أ» (وعيبهم).

[٤] في حاشية «أ» (أن هذا الواحد اختار رأي التجارة قبل بلوغه ، فتبين أنه كامل).

[٥] كذا في الأصول ؟ ؟. والأقراب أنها: (النكتة).

[٦] في حاشية «أ» (صورها).

[٧] ما بين [ ] ليس في «ن».

يستشره، والشَّرع علَّق ذلك باستشرائه[١] نظرًا للصبي، لا له؛ لأنَّه لا يتَّصل بملكه شيءٌ.

وبيان زيادة الضَّرر بالنَّاس أنَّ ضرر حجر العبد في تأخُّر حقوقهم إلىٰ العتق، وضرر حجر الصبي في أنْ لا يؤاخذ أصلًا بما يلحقه بضمانه، وعقوده، وأقواله.

ولا يلزم شيئًا مما قلنا العبد إذا آمَنَ الكفارَ، فإنَّه لا يصحُّ عند أبي حنيفة وأبي يوسف ـ وإن سكت ـ. وإذا خصَّ صحَّ تخصيصه، ولا يتناول حقّ المولىٰ؛ لأنَّا علَّلنا لصحَّة العبارة بالعقل والتمييز، وصحَّة الأمان لا يبتنىٰ عليه، فإنه لا يصحُّ من الكافر، وهو صحيح العبارة.

ثم الجواب أن الأمان من القتال[٢] علىٰ ما بيَّنَّا في موضعه، وما للعبد ولاية القتال؛ لأنَّ المستحقّ بالقتال بدنه، وهو ملك المولىٰ، أو هو من جملة الولايات المتعديَّة إلىٰ النَّاس، وإنها لا تملك إلا بكمال الحال بالحرِّيَّة والبلوغ، حتىٰ لم يكن لهما شهادةٌ وولايةُ سلطنة، فإنَّما يملك بتمليك المولىٰ، كالوكالة بالتَّصرُّف في ماله.

ومن مشايخنا من يقول: إن الإذن في نوعٍ لما كان إذنًا في الأنواع[٣] عُلم أنَّ الإذن يثبت بلا نصِّ إذنٍ[٤]، فثبت [بالسُّكوت، أو لَمَّا ثبت][٥] بالسُّكوت عُلم أنه لا يختصُّ بنوعٍ من طريق الأوْلىٰ لوجود أصل الإذن.

---

[١] كذا في «أ» و«ن» ولعلها: (باستشارته).

[٢] «أ» «ن» (العباد)، والمثبت من حاشية «أ».

[٣] في حاشية «أ» زيادة (كلها).

[٤] في حاشية «أ» (فلما، خ).

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن».

وإنه فاسد؛ لأنَّا أبطلنا شرط التخصيص؛ لأنه تخصيصٌ فيما لا يملك، ولَمَّا بطل الشَّرط في الإذن بقي الإذن مطلقًا، فلم يثبت بالسُّكوت شيءٌ، وإنما أثبتنا الإذن مع السُّكوت لِما في السُّكوت من الدَّلالة عليه بحكم العادة، وليس في الإذن خاصًّا مع النهي عن غيره دلالة العموم، ومع ذلك يثبت عامًّا، فثبت أن الوجه فيه ما قلناه.

ولهذه المسألة مناسبةٌ بأصلٍ كبيرٍ، وهو أن علَّة صحَّة التَّصرُّف عندنا أن يصير المتصرِّف صحيح العبارة؛ لأن التَّصرُّف ركنه العبارة، والمال محلٌّ وشرطٌ، وصحَّة العبارة تبتنىٰ علىٰ المعرفة والتمييز، لا غير، حتىٰ صحَّحنا بيع مال الغير بغير إذنه، وصحَّحنا التَّكلُّم بالطَّلاق قبل[١] الملك مضافًا إلىٰ الملك؛ لأنه صحيح العبارة.

وعند الشافعي ما لم يملك لا يصير صحيح العبارة عن التَّصرُّف في المحلِّ، إلَّا علىٰ سبيل النِّيابة بأمرٍ صحيحٍ، والعبد ما لَه[٢] ملك مالٍ، ولا هو من أهله، فلا يلي هذه الولاية إلَّا بأمرٍ.

ولأنَّ الأمان تصرُّف علىٰ النَّاس أجمع، فيحتاج إلىٰ ولايةٍ علىٰ الغير، وإنَّها تبتنىٰ علىٰ كمال الولاية في حقِّ نفسه، والكمال في الحرِّيَّة.

ألا ترىٰ أن العبد لا يرث، ولا شهادة له - وإن بلغ وعقل -؛ لأنَّهما بمنزلة الولاية علىٰ الغير، علىٰ ما بيَّنَّا في موضعه.

---

[١] «أ» (وقبل)، والمثبت من «ن».

[٢] «أ» «ن» (بماله)، والمثبت من حاشية «أ».

|١٠٧٤| **مسألةٌ: قال علماؤنا:** يصحُّ إذن الصبي العاقل في التِّجارة.

وكذلك لو اشترىٰ لغيره، أو باع بأمره صحَّ.

وكذلك لو قبل الهبة بأمرٍ، أو بغير أمرٍ صحَّ.

وقال الشافعي: باطلٌ كله(١).

لأنه محجورٌ عليه شرعًا بصباه، والصِّبا باقٍ مع الإذنِ، فيكون الحجر باقيًا، كما قبل العقل[٢]، أو بعد الجنون، أو الإذن بالتَّصرُّف في مال الغير؛ لأنه ثبت لحقِّ المالك، وإنَّه باقٍ مع إذن الأب[٣].

ولا يلزم المحجور عليه للسَّفه، فإن القاضي إذا أذن له في التِّجارة أو وليُّه صحَّ.

لأنَّه حُجر عليه للسَّفه، والسَّفه مما يزول ساعةً فساعةً، فلا يبقىٰ ببقائه بعد الإذن، والإذن من الولي دليلٌ علىٰ زوال السَّفه، فأما[٤] الصبي فأمرٌ قدِّر بالبلوغ، فلا زوال يُرجَا مع الإذن.

ولأنَّ القاضي إنَّما حجر علىٰ السَّفيه باجتهاده[٥] ورؤيته الصَّلاح فيه، وإذا رأىٰ الصَّلاح في إذنه فقد تبدَّل الدَّليل الشَّرعي الموجب للحجر، فيتبدَّل الحكم، كما لو كان حجرًا بنصٍّ، ثم نُسخ النص.

---

(١) انظر: «الأم» للشافعي (٣/٢٤٠)، و«بحر المذهب للروياني» (٥/٧٨).

[٢] «أ» (العقد)، والمثبت من «ن».

[٣] في حاشية «أ» (الآذن).

[٤] في حاشية «أ» (فأمر).

[٥] في حاشية «أ» (بل).

فأما ههنا فالحجر ثابتٌ شرعًا بالصبا، لا باجتهاد أحدٍ، فلا يرتفع إلا بارتفاع الصبا، ولا عبرة للاجتهاد فيه، وقد قلتم: إن الصبي إذا باع أو اشترىٰ، ثم بلغ، فأجاز ذلك= لم يجز، ولو صحَّ كلامه لتوقَّف، كالعبد يتزوَّج، ثم يعتق.

والمسألة من كتاب الوكالة في باب الوكالة بالتزويج، وهذا كلُّه لأنَّ الصبي في الأصل لا عقل له، ولا له ولاية استيفاء هذه التَّصرُّفات، ولا عليه خطابٌ، فإذا عقل وصار يشبه البالغ بفعله، ويشبه الطِّفل بنقصان عقله علىٰ ما عليه عادات الصبيان في عقولهم تردَّد حاله، فوجب المصير إلىٰ الاجتهاد والمقايسة، علىٰ ما ثبت بالنصِّ من حاله، وكذلك بدليل العقل.

ثم إنا وجدنا الصبي خوطب بنفل العبادات دون فرضها، لما أن في الخطاب بالنفل نفعٌ محضٌ في أن يتخلق بأخلاق المسلمين ويثاب عليه بغير حرج يلحقه لو تركه، وفي خطاب الفرض[١] لزوم للحال قبل الثَّواب، فألحقه الشَّرع بالبالغ فيما يتضرَّر فيه بالتحاقه بالطِّفل والمجنون في أن لا تصح عبارته، ولا يثاب عليه، ولا يعلم. وألحقه بالطِّفل فيما يتضرر فيه بالتحاقه بالبالغ، وهو الفرض في أن لا يؤاخذ[٢] به، ويحرج بتركه.

ودليل العقل[٣] يوجب ذلك أيضًا؛ لأن[٤] الصِّبا سبب مرحمةٍ به، لأنه حال عجزٍ وضعفٍ، فعلمنا أن الخطاب يسقط نظرًا ومرحمةً، لا إضرارًا وعقوبة.

وإذا ثبت هذه الجملة، قلنا: إنَّ التَّصرُّفات المملوكة بحقِّ الملك مبنيَّة علىٰ

---

[١] «أ» (الفرد)، والمثبت من «ن».

[٢] «ن» (أن يؤاخذ).

[٣] «ن» (الفعل).

[٤] «أ» (لا)، والمثبت من «ن».

الخطاب فما[١] كان[٢] يتعلَّق بها ضررٌ حاضرٌ، كالهبة، والإعتاق، والطَّلاق= لا يثبت أصلًا كأنه بهيمة.

وما كان[٣] فيها نفعٌ خاصٌّ محضًا، أو مشوبًا[٤] كالتِّجارة[٥] أثبتت له حكمًا، ونقل الاستيفاء إلىٰ الولي نظرًا له لعجزه ما دام لا يعقل[٦]، ولقصور رأيه بعد العقل، وإنه ـ بالإجماع ـ: الولاية ثابتةٌ للولي ما لم يبلغ الصغير في تجاراته وقبول الهبة له، ولما نقلت إلىٰ الولي وحصل النظر له فيها من جهةٍ استغنينا عن إلحاق الصبي بعد العقل بالبالغ ـ وهو غير بالغ ـ طلبًا للنظر له؛ لأن النظر فيه قد حصل بالولي، فيبقىٰ علىٰ ما كان قبل الفعل؛ لأنه هو الأصل فيه وراء النظر.

ولا يلزم أنَّا صحَّحنا منه اختيار أحد الأبوين من باب الحضانة؛ لأنه لا ولاية عليه في ذلك للأب، وفيه نفعٌ عظيمٌ لا يحصل بغيره.

وكذلك لا يلزم قولنا: «إن وصيته صحيحة بالعرف»[٧]؛ لأنَّه نفعٌ محضٌ من حيث الثَّواب، فإن ضرر الزَّوال حاصلٌ بالموت لولا الوصيَّة. ولما تمحَّض نفعًا، ولا يحصل بوليِّه ذلك، صحَّ من الصبي، كما صحَّ منه نفل العبادات.

وعلىٰ هذا الأصل مسائل كثيرةٌ ذكرناها في إحرام الصبي أنه لازمٌ ويلزمه

[١] «أ» «ن» (ما)، والمثبت من حاشية «أ».

[٢] في حاشية «أ» زيادة (منها).

[٣] في حاشية «أ» زيادة (منها).

[٤] «أ» «ن» (شرعا)، والمثبت من حاشية «أ».

[٥] «ن» (كالتجارات).

[٦] «ن» (يفعل).

[٧] في حاشية «أ» (بالقرب).

كفَّارات الحجِّ، ومن إسلام الصبي أنَّه لا يصحُّ، وقصرنا الكلام على التَّصرُّف في المال في هذا الموضع.

ولَمَّا ثبت أن الصبي ملحقٌ بالذي لا يعقل فيما ولي عليه، وفيما فيه ضرر بحكم الشَّرع= لم يرتفع بإذن الولي؛ لأنه ليس إليه نسخ الشريعة، وكما لا يرتفع في حقِّ الطِّفل، وكما لا يلزمه الصلاة بإذن الأب.

دلَّ عليه أن الإذن لو صحَّ ملَك الإقرار بالدَّين، والولي ما كان يملكه، فيستحيل أن يملِّك المأذون من جهته[1] ما لا يملك هو بنفسه.

ولعلمائنا: أن الصبي عاقلٌ للتصرّف، فيصحُّ إذنه في الجملة بالتَّصرُّف؛ قياسًا على العبد البالغ، والحرِّ المحجور عليه لسفهه، وغير المحجور في الإذن بالتَّصرُّف في مال الغير من أذن له.

وإنما قلنا: «عاقل»؛ لأن الخلاف في صبيٍّ يعقل التِّجارةَ، والتَّصرُّف الذي أذن فيه، وهذا لِما مر في المسألة الأولى أن الإنسان إنما يصير صحيح الكلام والعبارة بأن يتكلَّم عن معرفة وتمييز، لا تلقينٍ أو هذيان.

ألا ترى أن صلاة الصبيِّ صحيحة، وكذلك حجَّه، وبالعبارة تنعقد التحريمة والإحرام، وكذلك وصيَّته صحيحة على أصل الخصم.

فأما قولهم: «إنه ملحق بالذي لا يعقل شرعًا فيما فيه[2] ضرر»، فمسلَّم لهم هذا الأصل.

---

[1] «أ» (جهة)، والمثبت من «ن».

[2] «ن» (هو).

وقولهم «فيما ولي عليه» ، فغير مسلَّم علىٰ أصل الخصم أن الحجر لَحِقه شرعًا بعد ما صار صحيح العبارة نظرًا له ، لا إضرارًا به ، وأن يحصل النفع له بالولي وكان موليًا عليه فيما هو نفعٌ محضٌ لا يخرج صحَّة عبارته في ذلك ونفاذه[١] عن كونه نفعًا له ، بل فيه نفعٌ من الوجهين جميعًا ، وكان الحجر ضررًا محضًا بأن يفوته ذلك النفع بعبارة نفسه ، فثبت للولي ؛ لأن البقاء للولي ينفعه ، فبقي له كأنه طفلٌ ، وثبت له ؛ لأن الثُّبوت له بنفعه ، فثبت كأنه بالغٌ .

كالصلاة صحَّت منه كأنه بالغ ؛ لأن الصحَّة نفعٌ ، ولم تلزمه كأنه طفل ؛ لأن سقوط اللزوم نفعٌ ، فثبت أن اعتبار الحجر بعد المعرفة مخصوصٌ بالضَّرر ، لا بولاية الولي عليه .

وإذا ثبت هذا قلنا : إن صحَّة العبارة[٢] في نفسها قبل أن يجيء إلىٰ حكمه ولزومه نفعٌ محضٌ ؛ لأن الآدمي إنما يشرف علىٰ غيره لصحَّة كلامه .

ألا ترىٰ أن الفساد الذي هو ضدُّه ضررٌ ، والإنسان يُذم بالهذيان ، فمتىٰ لم يصحَّ يصير هذيانا .

والخلاف بيننا وبينه في الصحَّة ، فإن المذهب عندنا أن الصبي إذا قبل الهبة يصحُّ ؛ لأنه نفعٌ محضٌ .

وإذا باع ماله انعقد ، وتوقَّف علىٰ إجازة الولي ، كالراهن يبيع ماله المرهون ، فيتوقَّف علىٰ إجازة المرتهن .

وعند الشافعي لا يصحُّ ، ولا يجوز بإجازة الولي ، كأن المعبِّر مجنونٌ ،

---

[١] في حاشية «أ» (وبقاؤه) .

[٢] «أ» (العبادة) ، والمثبت من «ن» .

فيلحقه بصحَّة العبارة التي هي نفعٌ محضٌ بالبالغ ، وبأن لا يلزمه بالطِّفل لما في اللزوم من ضرب ضرر ، فالتِّجارة متردِّدة بين نفعٍ وضررٍ ، وغبنٍ وربحٍ.

وكذلك إذا باع مال الغير بإذنه يصحُّ عندنا ؛ لأنه لا ضرر يلزمه بوجهٍ ، والصحَّة بلا لزومِ حكمٍ وعهدةٍ نفعٌ محضٌ.

وكذلك إذا قبل الهبة يجوز ؛ لأنه نفعٌ محضٌ.

وإذا ثبت جواز تصرّفه في مال الغير بإذن الولي ، ففي مال نفسه أوْلىٰ ؛ لأن الملك إن لم يُفِد إطلاقًا لا يوجب حجرًا.

ألا ترىٰ أن بيع الرَّاهن الرَّهن صحيحٌ بإذن وليِّ الرَّهن ، لَمَّا صحَّ بيعه ما لا يملك بإذن وليه= كان هذا أجوز ، وأوْلىٰ بالجواز.

وأما الجواب عن قوله: «إن الحجر في مسألتنا لحقِّ الشَّرع ، والولي لا يملك تبديله» فقد مر أن الشَّرع ألحقه بالطِّفل فيما يضرُّه ، لا فيما هو نفعٌ محضٌ ، وصحَّة العبارة بلا لزوم حكمٍ نفعٌ محضٌ ، وليس في اللزوم مع رأي الولي تبديل شرعٍ ، فإن الولي لو باشره لزم الصبي حكمه من ثمن في الشِّراء أو زوال ملكه[١] في المبيع ، فعُلم أن الشَّرع أسقط ما في التِّجارة من توهُّم ضررٍ برأي الولي ، ورجَّح جهة النفع معها ، وألحقها بقبول الهبة مع رأيه.

والخلاف بيننا وبينك في نفاذ تجارته مع رأي الولي وإجازته ما صنع ، وكان القياس أن لا يبقىٰ عليه حجرٌ إذا عقل التِّجارة ، مثل البالغ ، إلا أن الشَّرع علَّق الإطلاق بالبلوغ ، أو برأي الولي ، لما أن الصبيان في غالب أمورهم علىٰ نقصان

---

[١] «ن» (وزوال ملك).

الرَّأي والخسْر في التِّجارات، وإنما تعتدل عقولهم في الأغلب بالبلوغ، فعلِّق الإذن به، أو بإذن الولي؛ لأنَّ منهم من يهتدي قبل البلوغ ويعرفه[١] الولي، فثبت كمال حاله فيه بإذن الولي، والإطلاق بعد الكمال[٢] حكم الشَّرع، لا نسخ له.

ولا يلزمنا[٣] إن لم نصحِّح وصيَّته؛ لأنه تبرُّعٌ بملك[٤] كالهبة، وإنما ينقلب نفعًا باتِّفاق حال الموت، ولا عبرة للحال، كما إذا باع شاةً أشرفت على الهلاك، أو باع بأضعاف الثَّمن، بل العبرة للوضع ليكون أيسر علينا العمل بها، كما[٥] في أصل الخطاب على ما عرف.

ولا يلزم فساد اختياره في باب الحضانة؛ لأنه يتردَّد بين ضررٍ ونفعٍ، بل يختار ما يضرُّه شرعًا، ويوافقه طبعًا.

وأما الجواب عن قوله: «إذا باع الصبي، ثم بلغ فأجاز، لم يجز»؛ لأن عدم الجواز حين عقد كان لأنه أُلحق فيما يلزمه بتصرُّفه بالطِّفل ما لم يثبت كمالُ حالِه بإذن الولي ورأيه أو بالبلوغ، فإذا لم يجزه الولي ولم يرض به بقي على النقصان واللحوق بالأطفال، فلا يقبل الجواز بكمالٍ يحدث من بعد ببلوغه، وإذا أجاز الولي جاز؛ لأن الولي لما أجازه فقد رآه على كمال الحال فيما تصرّف، فثبت الكمال حين تصرُّفه، فارتفع الحاجر شرعًا، كما لو تصرّف، ثم تبيَّن أنه كان بالغًا.

---

[١] «ن» (يفرقه).

[٢] في حاشية «أ» زيادة (دليل).

[٣] في حاشية «أ» (يحل منا أن).

[٤] «ن» (بملكه).

[٥] في حاشية «أ» زيادة (جعل).

بخلاف العبد إذا تزوَّج ثم عتق؛ لأن عدم الجواز كان لحقِّ المولىٰ، لا لنقصانٍ فيه، فإذا زال الحق بعد التَّصرُّف، فإن الإجازة تصح بملكٍ حادثٍ، كالأمة إذا تزوجت[١] نفسها، ثم مات المولىٰ، فأجاز الوارث، وهي لا يحل[٢] له.

وإنما أنكرنا الجواز بكمالٍ حادثٍ، وكان الوقف للنقصان، فصار الصبي ملحقًا بالطِّفل في أنْ لا يلزمه تجاراته بدون ثبوت الكمال، وثبوت الكمال مرَّة بالبلوغ، ومرَّة بإذن الولي وإجازته.

والجواب عن فصل الإقرار أن الولي إنما لا يملك؛ لأنه لا يُتصوَّر الإقرار منه، فإنه يقرُّ علىٰ غيره، فيكون شهادة، ولو تصوَّر لنفذ؛ لأنه من التِّجارة.

[٣] ويخرَّج عليه العبد يُباع بدين التِّجارة عندنا.

وعنده: لا يباع(٤).

لأن رقبته كسب المولىٰ، فلا يباع بدين التِّجارة؛ قياسًا علىٰ سائر كسوب المولىٰ، وهذا لأن المولىٰ إنما أذن له في التِّجارة، فلا يشغل غير مال التِّجارة بدينها؛ لأن مال المولىٰ لا يشتغل[٥] بدينٍ ثبت بقوله قبل الإذن، وإنما يثبت الشُّغل بحكم الإذن، فيقتصر علىٰ مال التِّجارة؛ لأن الإذن لم يحصل بغيرها.

ولهذا قلتُ: لا يباع بدينه كسب العبد بقبول الهبة والاحتطاب ونحوه.

---

[١] كذا في «أ» و«ن»، ولعلها: زوجت. أو: تزوجت بنفسها.

[٢] كذا في «أ» و«ن»، ولعلها: تحل.

[٣] في حاشية «أ» (مسألة).

(٤) انظر: «الحاوي الكبير» (٥/٣٧١)، و«نهاية المطلب في دراية المذهب» (٥/٤٧٧).

[٥] «ن» (يستغل).

وكذلك لا يقضى دينه من أرش يده.

وكذلك يؤاجر العبد نفسه؛ لأنه كسبُ المولى. كما لا يؤاجر مالًا للمولى غيره؛ لأن الإذن تناول[١] ما يحصل بتجارته، بخلاف دين الاستهلاك؛ لأنه كان يشغل رقبته قبل الإذن، فكذا بعده.

ولأن بيعه بدين التِّجارة يحجره، فكان نقيض الإذن، فلا يثبت به.

ولعلمائنا ما مرَّ: أن الحجر على العبد ما ثبت إلا لتعلُّق دين التِّجارة برقبة[٢] العبد، مثل دين الاستهلاك. ولما كان الحجر لهذا المعنى، واحتيج إلى الإذن ليزول حقُّ المولى في منع التعلُّق به بعد التعلُّق فيها، كدين الاستهلاك قبل الإذن.

بخلاف ما لو أقرَّ بدينٍ في[٣] حجره؛ لأن الإقرار لم يصحَّ في حقِّ المولى، فلم يظهر الثُّبوت في حقِّه، فأما الثَّمن فلا يلزم في حق المولى؛ لأنه مقرٌّ بنفاذ البيع.

ولمعنى أنه لما ثبت أنه يشتري لنفسه بحكم فكاك الحجر بمنزلة المكاتب والحرِّ فيما يلحقه من دينٍ، أو يحصل له من كسبٍ، بقدر ما دخل تحت الفكِّ، لا بالتَّصرُّف عن أمر، والفكاك يثبت في حقِّ المنفعة واليد؛ لأن التِّجارة تكون لمنفعته ويده[٤]، فكان كالمكاتب، إلا أن هذا فكٌّ غير لازمٍ، وذلك لازمٌ؛ لأن ذلك ببدلٍ[٥]، فأشبه الإجارة، وهذا بغير بدلٍ، فأشبه الإعارة.

---

[١] «أ» (يتناول)، والمثبت من «ن».

[٢] «أ» (برقبته)، والمثبت من «ن».

[٣] في حاشية «أ» زيادة (حال).

[٤] «ن» (بمنفعة ويد).

[٥] في «أ» و«ن» (تبدل)، والمثبت أصح.

وإذا كان كذلك وجب أن يقع الكسب له بأي وجه اكتسب ؛ لأن المنافع صارت تحدث له بحكم الفكاك في حقِّها ، كما تحدث منافع المكاتب للمكاتب ، ومنافع الحرِّ للحرِّ ، فكذلك ما يكسب من النَّفقة[١] ؛ لأنه فرعها فيعتبر لها ، إلا أن العبد ليس من أهل ملك المال ، فأقيم المولىٰ مقامه في التملك حقيقةً وحكمًا.

كالوارث مع الميِّت فيما كان للميت ، وفيما يحدث بعد موته ، كالدِّية.

وكما لو رمىٰ صيدًا فمات قبل الإصابة ، ثم أصاب كان الملك للوارث بحكم القيام مقامه ، لعدم صلاحه للتملك بموته.

وإذا كان القيام من هذا الطريق كان غريمه مقدَّمًا عليه ؛ لأن قضاء دينه من حقِّه ، وهو إن لم يصلح للتملُّك بعد الموت أو الرِّق فصالحٌ لوجوب الدَّين عليه ، والقضاء عنه ، فبقدر[٢] ما يصلح له لا يقوم خلَفه مقامه.

وإذا كان كذلك استوىٰ فيه كسب التِّجارة ، والصَّيد ، والحشيش ، والهبة ؛ لأنها كلها فرعُ منفعته ، فيكون غريمه فيها أوْلىٰ من المولىٰ.

وكذلك قلنا: إنه قبل الإذن لو اصطاد ـ وعليه دين ـ صرف ذلك إلىٰ دينه ؛ لأنه غير محجورٍ عن الصيد ، وقبولِ الهبة ، فكان سبيلهما أن يقعا له ، ولكن يصيران للمولىٰ من الوجه الذي قرَّرنا في المأذون ، فكان الغريم مقدَّمًا عليه ، ولهذا ملك أن يؤاجر نفسه لِما ذكرنا أنه أشبه المكاتب والحرَّ في المنافع واليد.

❁ فإن قيل: فيه تسليم نفسه ، ونفسه لا فكاك في حقِّها.

---

[١] في حاشية «أ» (المنفعة).

[٢] «أ» (فيقدر) ، ولم تضبط بالنقط في «ن» ، والمثبت هو ما ظهر لي في ضبط الكلمة.

۞ قلنا: الفكاك عن المنفعة يوجب قصر يد المولىٰ عنه مادام يمضي علىٰ الفكِّ، ولا يمكن إلا بقصر يده علىٰ الرَّقبة وجعلها للعبد، فدخل تحته ضرورةً كالمؤاجر[١]، فإنه يلزمه تسليم الرَّقبة.

وكذلك في الإعارة إذا تممها سلَّم الرَّقبة، فكذلك ههنا، وكما في المكاتب.

وإذا كان كذلك صارت الرَّقبة في يد العبد بحكم الفكاك عن المنفعة، فيملك التسليم إلىٰ غيره، كالمستعير يعير غيره، ويسلمه إليه، إلا أن المستعير لا يملك أن يؤاجر، وهذا يملك.

لأن المذهب عندنا أن من ملك المنفعة بعقدٍ مقصودٍ للتمليك لم يملك تقويمها بأكثر مما يقوَّم عليه، حتىٰ لو كان مستأجرًا لم يملك أن يؤاجر بأكثر مما استأجر.

وكذلك الموصىٰ له بالسكنىٰ لا يملك أن يؤاجر.

والعبد لا يملك المنفعة بعقدِ تمليكٍ، ولكن بحكم الفكاك، كما لو أُعتق، وبعد العتق يملك، لتولُّدها من أصلٍ له، كمن اشترىٰ عينًا ملك منافعه بحكم ملك الأصل، وملك المنفعة متىٰ كان من هذا الطريق قبِل التَّمليك بالبدل كيف شاء، فإن كان إشكالًا فيه، فهو إشكال مسألة أخرىٰ.

ولهذا يقضىٰ دينه من أرش يده، فإنه ليس يقضىٰ من كسبه بحكم الإذن والأمر، ولكن من حيث إنه أشبه الحرَّ فيما تولَّد من منفعته، وبحكم الرِّق أشبه الميت، والمولىٰ أشبه الوارث، فكان غريمه أوْلىٰ منه.

[١] في حاشية «أ» (كما لو آجره).

وإذا كان كذلك لم يمنع وجوب القضاء من أرْش يده أو بدل رقبته، وإن لم يتناولهما الإذن، كما يُقضىٰ دين الحرِّ من أرش اليد وبدل النَّفس، وكذلك دين المكاتب.

❊ فإن قيل: إن لم يكن ممتنعًا فلم وجب القضاء منه؟ وهذا المال لم يتولّد من منفعته التي وقع الفكُّ عنها، والتحق بالحرِّ فيها.

❊ قلنا: لما ذكرنا أن الفكَّ عن المنفعة يجعل العبد في استحقاق المنفعة كالحرِّ والمكاتب، فتصير يده كيد حرٍّ في استحقاق[1] المنفعة، ولا يمكن إلا بإثبات اليد علىٰ الرَّقبة، فتصير رقبته في يده بالإذن. كما يصير المكاتب في يد نفسه. وكما تصير دار الإجارة والإعارة في يد المستأجر والمستعير.

وإذا صارت في يده ولديه[2] حكم يد المكاتب والحرِّ، صار الغريم أوْلىٰ باستيفاء دينه من بدل الرَّقبة، وأحرىٰ به[3] من المولىٰ القائم مقامه، كما في الكتابة والإرث بعد العتق.

فإن المكاتب متىٰ قُطعت يده صُرف أرشه إلىٰ دينه بحكم يد الفكاك، والفكُّ في الحال لم يتناول إلا اليد. فأما نفس الرَّقبة فالفكاك عنها بالعتق، وهو معلَّقٌ بشرط الأداء، ما ثبت له حقُّ العتق للحال، علىٰ ما بيَّنَّا في مسألة جواز عتقه عن الكفَّارة.

بخلاف من استأجر عبدًا وقبضه، فإن حقَّه بيده لا يسري إلىٰ بدل رقبة العبد،

---

[1] في حاشية «أ» (حق).

[2] «ن»، «أ» (وليده).

[3] «أ» (وإجرائه)، ولم تضبط بالنقط في «ن»، والمثبت هو ما ظهر لي في ضبط الكلمة.

لو أتلف ووجبت قيمته ؛ لأن اليد ثبتت له بحقِّ ملك المنفعة مقصودًا ، فلا يعتبر حقًّا له[١] إلا لاستيفاء تلك المنفعة ، ولا يُتصوَّر استيفاء منفعة العين من قيمته ، كما لا يمكن استيفاؤها من عين آخر ، وإذا لم يمكن انفسخ العقد ، فسقط حكم اليد.

وأما في مسألتنا هذه ، فاليد ثابت[٢] للعبد بحكم الفكاك عن حجر الرِّق ، كما عن المكاتب ، فتكون يده بقدر ما ثبت ، كيد الحرِّ ثابتةٌ من جهة أنه أحقُّ بنفسه بقدر الفكاك ، لا بحكم يده على المنافع من جهة مالك الرَّقبة ، فلا يبطل حكم اليد بفوات المنفعة إذا كان ثبوته من طريق أنه كيد الحرِّ على نفسه ، وإذا لم يبطل بفوات[٣] المنفعة ، وبقيت كما كانت حال قيام المنفعة ظهر حكم اليد فيما حصل فيها بأيِّ وجهٍ حصل.

ومن حكمه أن غريمه أوْلى به من المولى ، كما في المكاتب ، والحرِّ مع الوارث.

والذي يوضِّحه ـ وإن شئت ابتدأت الكلام به ـ: أن الدَّين متى ثبت في رقبةٍ استوفى منها ما أمكن ، دليله دين الاستهلاك ، فإن العبد يباع به بالإجماع ، وكذلك دين الحرِّ يستوفى من الرَّقبة بقدر الإمكان ، وهو حال ما يصير مالا[٤] بالقتل خطأ ، وقبل ذلك امتنع لتعذُّر[٥] الإمكان ، وفي العبد الإمكان ثابتٌ في الأحوال كلِّها.

---

[١] «أ» (لها) ، والمثبت من «ا».

[٢] كذا في «أ» و«ن» والصحيح (ثابتة).

[٣] «أ» (فوات) ، والمثبت من «ن».

[٤] في حاشية «أ» (حالا).

[٥] «ن» (لتقدر).

﴿ فإن قيل: إنما كان كذلك في الحرِّ؛ لأن بدل رقبته له ككسبه. وفيما نحن فيه الرَّقبة للمولىٰ، والكسب للعبد بحقِّ الدّين لجعل[١] المولىٰ في دينه. وأما دين الاستهلاك فقد مرَّ الفرق بينهما.

﴿ قلنا: إن دين الاستهلاك لما[٢] تعلَّق بالرَّقبة بدون رضىٰ المولىٰ علمنا أنه لا يفتقر إلا إلىٰ زوال الحجر عن السَّبب، وبالإذن زال الحجر عن السَّبب، فالتحق بالاستهلاك قبل الإذن.

وهذا لمعنًىٰ معقول، وهو أن الذِّمَّة تضعف بالرقِّ؛ لأنه يصير مالًا، ولا ذمَّة لما هو مالٌ محضٌ، والذِّمَّة إذا ضعفت لم يجب فيها دينٌ إلا ويتعلَّق حكم[٣] الاستيفاء بالمال، كدين المريض والميت، وأقرب الأموال إلىٰ الذِّمَّة رقبة صاحب الذِّمَّة، فيصير الإذن بالمداينة رضًىٰ بانعلاق رقبته بدينه اقتضاءً، فتعلَّق به كما تعلَّق بالكسب بالإذن نصًّا. وإذا كان كذلك صار كبدل رقبة الحرِّ، وتركته بعد موته[٤].

﴿ فإن قيل: أجمعنا أن الرَّقبة لا تباع بالدَّين ما بقي الكسب.

﴿ قلنا: لأن[٥] حقَّ الغريم متىٰ وصل إليه من أيِّ موضعٍ وصل لم تصحَّ مطالبته بالاستيفاء من موضع الوجوب؛ لأنه لا فائدة له فيه.

ألا ترىٰ أن المولىٰ إذا قضىٰ دينه من ماله، واستخلص الكسب لنفسه، لم

[١] «ن» (بجعل).

[٢] في حاشية «أ» (لها).

[٣] «ن» (حق).

[٤] في حاشية «أ» زيادة (في المساواة).

[٥] «أ» (إن)، والمثبت من «ن».

يكن للغريم حقُّ المطالبة من الكسب. ولذلك لم تبع الرَّقبة إلا إذا تعذَّر الإيفاء من موضعٍ آخر، ليس من حيث إن الدَّين يتعلَّق به بعد الكسب، بل الدَّين يتعلَّق بالذِّمَّة متعدِّيًا إلىٰ الكسب لضعفها بالرِّقِّ، كدين المريض علىٰ مذهبي، ودين الميت.

ولا يلزم علىٰ هذا دينٌ لزم العبد حجره، أو دين غير التِّجارة في إذنه، فإنه لا يباع به؛ لأن اللزوم غير ثابتٍ في حقِّ المولىٰ لعدم نفاذ التَّصرُّف بقدر ما هو محجور عليه، وإذا لم ينفذ في حقِّ المولىٰ صار كتصرُّف المجنون، ونفذ في حقِّ العبد فلزمه في حقِّه، فلا يظهر ما بقي حقُّ المولىٰ.

كرجلٍ أخبر عن حرِّيَّة عبدٍ في يدي رجل، وأنكر ذو اليد، لم يظهر حكمه ما لم يملكه المخبر، وإن كان خبره صحيحًا؛ لأنه ليس بحجَّةٍ علىٰ غيره، وهو حجَّةٌ عليه، فكان ثبوت حكمه بقدر كونه حجَّة. وإذا كان مأذونًا كان التَّصرُّف الموجب للدين نافذًا في حقِّ العبد والمولىٰ جميعًا، فظهر حكم التَّصرُّف في حقِّهم جميعًا.

وكخبر اتَّصل به تصديق ذي اليد، أو كالشَّهادة بالعتق إذا تمَّت؛ لأنها حجَّةٌ في حق النَّاس أجمع.

وكدين الاستهلاك، فإنه يجب مع الحجر، ولا إثر الحجر في حقِّ الفعل.

فهذه طريقة يُعتمد عليها ابتداءً غير مبنيَّةٍ علىٰ الفكاك، وفيها إيضاح لما تقدَّم، فإنه لَمَّا ثبت أن اشتغال محلِّ الدَّين به لَما كان من ضرورته أن الاستيفاء منه [واجب][١] ضرورة بقدر الإمكان، وإيجاب الدّين داخلٌ تحت الإذن،

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من حاشية «أ».

فكذلك دخَل تحته ما كان من ضرورته.

ألا ترىٰ أنه يدخل تحته شراء ما لابدَّ للصناعة منه[1] التي أذن فيها منه، وإن كان الإذن يختصُّ بالتَّخصيص علىٰ مذهب الشَّافعي.

وكذلك يتَّخذ الدَّعوىٰ، ويهدي المطعوم[2]، ويعير ما يتعارفه التجار، ويؤخِّر الدَّين وإن كان تبرُّعا؛ لأنه لابدَّ للتُّجار من ذلك، فدخل تحت الإذن بالتِّجارة ضرورةً.

[١٠٧٥] مسألةٌ: قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ: المولىٰ لا يملك أكساب عبده المديون إلا أن يكون غير مستغرقٍ لكسبه، فيملكه استحسانًا، كالوارث مع الميت.

وقال أبو يوسف ومحمد: المولىٰ يملكها مع الدّين.

لأن المولىٰ يملكها إذا لم يكن ثَمَّ دينٌ لخروجه عن أهل ملك المال أيضًا.

بخلاف المكاتب؛ لأنَّ بالكتابة يتغيَّر حكمه في نفسه، فيصير بمنزلة الحرِّ يدًا وتصرّفا، والتغيُّر فيما نحن فيه كان بالإذن، وإنه غير مانعٍ ملكَ المولىٰ لكسبه بالإجماع، وبالدّين لم يزدد شيئًا من الفكِّ والدنو إلىٰ العتق.

وليس المولىٰ من عبده بمنزلة الوارث من الميت؛ لأن الشَّرع نقل مال الميِّت إلىٰ الوارث نظرًا للميِّت، علىٰ ما نبيِّن في موضعه أن انتفاعه بالانتقال إلىٰ

[١] «أ» (منه للصناعة منه)، والمثبت من «ن».

[٢] في حاشية «أ» (الطعام).

أقاربه أكثر من انتفاعه بالانتقال إلى الأجانب، ثم نفعه في تقديم الغريم[١] عليه جُعل أولى منه، وجُعل المولى مرتَّبا على الغريم، بل نقل إليه؛ لأنه بالرِّق صار في حقِّ ملك المال كالبهائم، وصار المولى من حيث المال مالكه كما يملك المولى منافعه.

فمن هذا الطريق قام مقامه فلم يترتَّب حكمه على الغريم، وإنما يقدَّم الغريم عليه استيفاءً لا[٢] غير، كما تقدَّم عليه في أملاكه، فإن القاضي يجبره على قضاء الدَّين من ملك نفسه، وتقدمه عليه فيه، فجاز التقديم عليه في كسب العبد.

إلا أنا نقول: مع الرِّق الثَّابت قد بيَّنَّا أن العبد يتصرَّف لنفسه، وسبيل كسبه أن يقع له، وإنما لم يقع لخروجه عن أهل هذا الملك كالميِّت بالموت.

وإذا كان كذلك كان الثُّبوت للمولى كسقوط[٣] حقِّ المكسب في نفسه، وحقُّه وإن سقط تملُّكًا[٤]، فما سقط قضاءً لما يجب عليه بالإجماع، بل فيه أنزل منزلة الحرِّ، وهذا يكفي مانعًا ملكَ من قام مقامه في الملك لكونه غير أهلٍ له.

ألا ترى أنه كيف منع ملك الوارث، وإن خرج الميِّت عن أهل التملك.

وكذلك المكاتب لا يملك حقيقةً ومنع حقّه من حيث اليد والتَّصرُّف ملك المولى؛ لأنه التحق فيه بالحرِّ حيث لزم مولاه، فكذلك العبد بعد الدَّين؛ لأن

---

[١] في حاشية «أ» زيادة (والوصي على الوارث فقدم، وأما المولى فما نقل كسب العبد إليه طلبا لنفع العبد إذا كان نفعه في تقديم الغريم عليه).

[٢] «ن» (استنقالا).

[٣] في حاشية «أ» (لسقوط).

[٤] «أ» (مملكا)، والمثبت من «ن».

الاقتضاء منه يجب كما يجب حال الحرِّيَّة، وهو لازم مولاه، لا يمكنه إسقاطه إلا بالقضاء، فأما قبل الدّين فقدر ما ثبت من الحقِّ للعبد غير لازمٍ، فلم يمنع ملك المولىٰ.

بخلاف حقِّ المكاتب، وبخلاف الدَّين القليل؛ لأنَّا شبَّهنا هذا بالإرث والقليل ثَمَّ[١] غير مانعٍ استحسانًا، والكثير مانعٌ؛ فهذا مثله.

وتشبيههما[٢] قائمة، لأنهما يقولان: إنا لا نسلِّم أن حقَّ قضاء الدَّين يمنع الملك، وفي الإرث لم يمنع قضاء الدَّين ملكهم، فإنه صحيحٌ مع الملك، ولكن الوارث لم يرث مع الدَّين؛ لأنه لم يجئ حينه بعد؛ لأن نظر الميِّت في تقديم الغريم عليه أكثر، والإرث يُبتنىٰ علىٰ اعتبار النظر للميِّت علىٰ ما نبيِّن في موضعه.

إلا أن شبهة أبي حنيفة قائمةٌ؛ لأنه لا يسلِّم أن الرِّقَّ مع حاجة العبد إلىٰ قضاء الدَّين سببٌ لملك المولىٰ كسبه؛ لأن بقاء الرِّقِّ لما لم يمنع لزوم الدَّينِ[٣] ذمَّته، وحاجَته إلىٰ القضاء= أشبه الحرَّ. ولما كفاه الرِّق حاجة النَّفقة، فنفقته علىٰ مولاه أشبه البهيمة فيه، وصار كالميِّت الحرِّ[٤].

[١٠٧٦] **مسألةٌ**: إذا أقرَّ العبد بعد الحجر بدينٍ، وفي يده كسبٌ، أخذ كسبه بدينه عند أبي حنيفة.

---

[١] في حاشية «أ» (ثمة).

[٢] كذا، ولعلها: وشبهتهما.

[٣] في حاشية «أ» (وله فيه حاجة القضاء).

[٤] في حاشية «أ» زيادة (فيما يحتاج من قضاء الدين).

وقالوا: إقراره باطلٌ في حقِّ الكسب.

لأن الإقرار بالدّين إنما صحَّ في حق الكسب على أنه من التِّجارة، وبعد الحجر لا يملك التِّجارة في الكسب، فكذا الإقرار في حقِّه.

ولأنَّ كلَّ كسبٍ لا يملك العبد التِّجارةَ فيه لا يؤخذ بدينه؛ قياسًا على كسب المولى في يده، وكسبه بالاحتطاب بعد الحجر، وعكسه حال قيام الإذن.

ولأن كسبه ورقبته كانا سواءً في حقِّ الأخذ بالدّين حال الإذن، وبالحجر بطل الإقرار بالدَّين في حقِّ أخذ الرَّقبة به، فكذا الكسب.

ولأن الإقرار بالدَّين على وجهٍ يطالب به في الرِّق كان ثابتًا بالإذن فيزول بزواله؛ قياسًا على البيع.

ولأن المولى لو انتزع الكسب من يده لم يصحَّ إقراره بالدَّين في حقِّ ذلك الكسب، فكذا إذا حجر عليه؛ لأن يد إذنه تبطل بالحجر كما تبطل بالانتزاع، وبيد الحجر لا يملك شغل الكسب بالدَّين.

ألا ترى أنه لا يملك البيع بعد الحجر، كما لو انتزع من يده مع قيام الإذن.

ولأنه لو كان عليه دين الإذن لم يؤخذ بدين يقربه بعد الحجر، والإقرار بالدّين حال الإذن كان مبطلًا حقَّ المولى على سبيل تقديم الغريم على المولى، ويبطل حقّ الغريم على سبيل شركة الثَّاني إياه في الكسب، ثم الحجر منعَ في حقِّ الغريم ثبوت الشَّركة، كما لو استوفاه ثم أقر. فكذا في حق المولى يمنع التَّقدُّم، كما لو استوفاه ثم أقرَّ.

ولأبي حنيفة: أن الإذن باقٍ في حقِّ الكسب الذي بقي في يد العبد في حقِّ

الدَّين، فيؤخذ بدينه الثَّابت بإقراره للحال، كما لو لم يحجر عليه.

وإنما قلنا: «الإذن باقٍ في حق ذلك الكسب»؛ لأنه لو ارتفع [لا رتفع][١] حكمًا بالحجر، لا غير، فإن اليد على الحقيقة باقيةٌ، وإنما يرتفع حكمًا بالحجر إذا لم يكن عليه دين.

فإنا أجمعنا أنه متى كان عليه دينٌ فالمولى محجورٌ عن إبطال يده ما لم يوفِّ الدَّين، ولو أبطل واسترد[٢] بعض على المولى ذلك، فكذا الإبطال حكمًا بالحجر، إنما يثبت إذا لم يكن عليه دينٌ. ولما كان ولاية الإبطال عليه بشرط عدم الدَّين لم يُحكم بنفاذه ما لم يثبت العدم بدليله، ولو لم يكتف له بعدمٍ ثابتٍ بعدمِ أدلَّةِ[٣] الثُّبوت.

كمن يقول لعبده: «إن لم تدخل الدَّار اليوم فأنت حرٌّ» فمضى اليوم لم يعتق إذا ادَّعى المولى الدُّخول، وإن كان الأصل هو العدم، وهو ثابت بعدم دليل الدُّخول؛ لأن العدم جُعل شرطًا لثبوت العتق، فلم ينفذ العتق بعدمٍ ثابت بعدمِ الدليل. فكذا هذا.

وإذا لم يثبت الحجر بمثل هذا العدم يبقى الكسب على الإذن في حقِّ الدَّين، فصار كما لو لم يحجر عليه فيه بقدر ما بقي، كالحربي المستأمن إذا عاد إلى داره، وخلَّف مالا لم يُستغنم، وبقي على الحكم الذي كان هو معنا؛ لأن الأمان بقي في حقِّ ماله كما كان.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن».

[٢] في حاشية «أ» (واستدل).

[٣] في حاشية «أ» (إزالة).

وإنه بمنزلة تركة الميِّت يؤخذ بدينه الذي يجب بعد موته؛ لأنه مبقًّ علىٰ حكم ملكه في حقِّ قضاءِ ديونه منه، وحقُّ الوارث مرتَّب علىٰ الفراغ منه، فكذلك المولىٰ مع العبد وأكسابه حقُّ المولىٰ مرتَّبٌ علىٰ حقِّ العبد في قضاء الدَّين من كسبه علىٰ ما بيَّنَّا في المسألة الأولىٰ.

وهذا بخلاف سائر تجارات العبد؛ لأنَّ حقَّ المولىٰ في الكسب من حيث الحجر مقدَّمٌ علىٰ حقِّ العبد في بيعه وابتداءِ تصرّفاته؛ لأن ما للعبد من التَّصرُّف غير لازمٍ ليؤخِّر حقَّ المولىٰ، فلم يمتنع[١] نفاذ حجر المولىٰ بحق تصرّف العبد. وإذا نفذ لم يبق ليد العبد غيره، وهو يدٌ محجور؛ وبيد الإذن ما يملك، فإذا تبدَّل اليد بطل، كما لو انتزعه، وفي حقِّ الإقرار بالدّين لم يبطل لما كان حقُّ المولىٰ في الإبطال مرتَّبًا علىٰ عدم الدّين، ولم يثبت العدم[٢] حال الحجر.

بخلاف ما لو انتزع من يده ثم أقرَّ؛ لأن اليد بطل حقيقةً لما انتزعه. ومن حيث الحكم فيه شكٌّ، وتجب[٣] الإعادة بشرط ثبوت الدَّين، وفي الثُّبوت شكٌّ، فلا تجب الإعادة وبعض الثَّابت به، فإذا لم تجب بقي الحكم لزوال اليد.

وههنا اليد قائمةٌ حقيقةً، ويجب الإعدام حكمًا بالحجر، وإنما يتبدَّل حكمًا بشرط عدم الدَّين، والعدم فيه شكٌّ، فلا يثبت بالشَّك، فاليد الثَّابتة لا تبطل حكمًا بالشَّك في مسألتنا، وكذلك إذا انتزعه المولىٰ، وأثبت يده.

بخلاف ما يكسبه بعد الحجر؛ لأن حكم الإذن ما تناوله، ولا تثبت علَّة يد الإذن بحال.

---

[١] «أ» (يمنع)، والمثبت من «ن».

[٢] في حاشية «أ» (الدين).

[٣] «ن» (فلا تجب).

وبخلاف رقبته، فإنها [لا][١] تباع بدينٍ ثبت بإقراره بعد الحجر؛ لأنها ليست من كسبه إذنه. وإنما كانت تباع حال الإذن بصحَّة الإقرار بقيام الإذن لا باليد، وقد بطل الإذن من التَّصرُّفات. كيد المكاتب، ويد الحرِّ، إلا أنها غير لازمة، ويد المكاتب لازمة، فإذا لم تتبدَّل اليد بالحجر، وبقي على الإذن بقي حكمه.

وبخلاف دين ثبت قبل الحجر؛ لأنه كان يملك إشراك الثَّاني معه لقيام الإذن، ليكون الإقرار للثَّاني مساويًا للأوَّل في القوة، وبالحجر يضعف؛ لأنه يبطل في حقِّ المطالبة للحال إلا بقدر كسبه الذي في يده.

وأشبه إقرار المريض بالدَّين، وعليه دين الصحَّة، فإنه يترتب على دين الصحَّة؛ لأنه أقوى.

فأما في المولى فلا إبطال لحقِّه؛ لأن حقَّه مرتَّبٌ على حقِّ الغريم، كما لا إبطال في حقِّ الوارث إذا أقرَّ المريض بدينٍ، وإذا كان مرتَّبًا عليه ضعف أم قوي لم يمتنع ثبوته بسببه.

ولأن يد العبد لا تبطل بحقِّ المولى، لا بشرط عدم الدّين، فإذا شكَّ [فيه][٢] لم تبطل، ويد العبد تبطل بحقِّ الغريم عن الكسب، وإن كان عليه دين، فإنه لو قضى بعض الغرماء لم يسترد منه، والحجر إبطالٌ، فبطل، كما بطل حق إنشاء التِّجارات.

وكذلك الحرُّ إذا مرض يعتبر إقراره بالدَّين في حقِّ غرماء الصحَّة بإنشاء

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن».

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت في حاشيتها.

تصرُّفٍ يبطل حقَّهم من الهبة والصَّدقة.

وهذا بخلاف ما إذا باع المولىٰ عبده المأذون، وفي يده كسبٌ، فأقرَّ، فإنه لا يصحُّ؛ لأنه صار كعبدٍ آخرَ مما يجدّد الملك فيه، علىٰ ما عرف في غير هذا الموضع، وقد تجدَّد الملك فيما هو مالٌ منه بعين[1] الرَّقبة والمنفعة تبعًا للملك؛ لأن البيع لا يتمُّ تبعًا ما لم يستتبع ملك المنفعة، واليد جميعًا. وإذا صار كعبد آخر حكمًا لتجدُّد الملك فيه لم يملك شيئًا مما كان له بحكم الملك الأوَّل.

ألا ترىٰ أنه لا يستوفي حقوق عقده الذي باشره عند الأوَّل، كأنه عبد آخر، وإن كان يستوفيها بعد الحجر.

وكذلك علىٰ هذا الاختلاف: الصبي الحرُّ يحجِر عليه وليُّه، فأقر، وفي يده كسب إذنه؛ لأنه بالإذن يلتحق بالبالغ[2]. بل هذا أولىٰ؛ لأن الملك له حقيقة.

[١٠٧٧] **مسألةٌ**: إذا أقرَّ العبد المأذون أنه افتض هذه الأمة غاصبًا بأصبعٍ لم يؤاخذ به للحال عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: يؤاخذ به للحال؛ لأن الأمة مالٌ بجميع أجزائها، والعُذرة جزء من أجزائها، فيملك الإقرار[3] بضمان إتلافه، كما في سائر الأموال، فإنه إذا أقرَّ بإتلاف جزءٍ من غير الآدمي من الأموال ضمن.

---

[1] في حاشية «أ» (نفس).

[2] في حاشية «أ» (يلتحق بالبالغ حكما وللولي حق الحجر واسترداد ما في يده بشرط أن لا يكون عليه دين كما في العبد).

[3] في حاشية «أ» (المأذون).

دلَّ عليه: أن ضمان الإتلاف مثل ضمان الغصب، ولو اغتصب أمةً بكرًا، فافتضها رجلٌ، وهرب، وأقرَّ العبد المأذون بذلك أخذ به للحال، وإنه ضمان افتضاضٍ جاء من غيره، فإذا جاء منه أَوْلىٰ.

ولا يلزم إذا أقرَّ بالافتضاض بنكاحٍ، فإنه لا يلزمه؛ لأن المهر يجب بالعقد إذا كان نكاحًا، لا بالإتلاف، والعقد ليس بعقد تجارةٍ، وإنما يلزمه من ضمان العقود ما كان تجارةً.

ولأن حكم الماليَّة من المستحَقِّ بالنِّكاح من الأمة والحرَّة يسقط شرعًا علىٰ ما بيَّنَّا في النِّكاح: أن المملوك بالنِّكاح الذي يقابله المهر ليس بمال؛ لأن المستحَقّ به ليس بجزءٍ من المرأة، بل المستحقّ منها ما يُستحقّ من الثيب، علىٰ ما بيَّنَّا في النِّكاح. والعُذرة تتلف تبعًا لما يُستوفىٰ بوطء الثيب، وإذا صار تبعًا لما ليس بمالٍ سقط حكمه في نفسه.

كالعبد إذا جُني عليه لم يكن ضمانه ضمانَ مالٍ، حتىٰ إذا كان نفسًا وجب القصاص في عمده. وفي خطئه لا يزاد علىٰ الدِّية، وإن ازدادت قيمة الماليَّة عليها.

وفي الأطراف إذا كان الجاني عبدًا دُفع به، ولا يباع به؛ لأن الآدمي يقصد معنىٰ[١] نفسه بالجناية عليه، لا الماليَّة. فصارت الماليَّة تبعًا لما ليس بمالٍ، فسقط اعتباره. حتىٰ إذا أقرَّ العبد بسرقةٍ قطعت يده، وإن[٢] كذَّبه المولىٰ. وكذلك إذا أقرَّ بالقصاص، كأنه[٣] لا مالية[٤].

---

[١] «أ» (مع)، والمثبت من «ن».

[٢] «أ» (فإن).

[٣] «أ» (لأنه)، والمثبت من «ن» وحاشية «أ».

[٤] في حاشية «أ» زيادة (ثمة).

ولا يقال: إن العُذرة سقط عنها حكم الماليَّة أيضا بالجناية عليها، كما سقط عن سائر أجزائها؛ لأن وطأها ليس بجناية عليها وصفًا.

ألا ترىٰ أنه يباح بالعقد، وبه تقضي المرأة شهوتها، وإنه سبب لبقاء العالم، علىٰ ما بيَّنَّا في النِّكاح. وإذا كان الوطء لقضاء الشهوة وسببٌ لإيفاء النَّفس بالنَّسل فارق الجناية التي هي لأخذ النَّفس، فلا يسقط به حكم الماليَّة عن ذلك الجزء، فيبقىٰ معتبرًا بسائر الأموال إذا أُتلف جزء منها من غير سقوط حكم الماليَّة.

وكذلك إذا أزال العُذرة بإصبع لما ثبت أن إتلافه ليس بجنايةٍ، وبالجناية ما يسقط حكم الماليَّة، أو بالنِّكاح علىٰ ما بيَّنَّا. قال[١] في الكتاب: «ودليل أنه ليس بجناية: أن المولىٰ إذا صدَّقه بيع به، ولو كان جناية دفع به».

وأما أبو حنيفة ومحمد؛ فقد علَّل محمد[٢] وقال: لأنه جناية، وتفسيرها: أن ضمان الافتضاض ضمان جزءٍ من الآدمي، فلا يدخل الإقرار به تحت الإذن بالتِّجارة؛ قياسًا علىٰ الجناية.

وهذا؛ لأنه بمعنىٰ ضمان الجناية في حقِّ العبد المأذون من حيث إنه ضمان عمَّا ليس بمالٍ. والعبد المأذون إنما يملك بالإذن الإقرار بضمان التِّجارة، غير أن ضمان الإتلاف عندنا لما هو مالٌ ملحقٌ بضمان التِّجارة؛ لأنه يفيد الملك في المضمون، فيصير بمنزلة الثَّمن.

فإذا لم يكن المضمون مالًا لم يصر تجارةً، كضمان العقد إذا لم يكن المملوك بالضَّمان مالًا لم يكن تجارة، كعقد النِّكاح، والعبد لا يملك الإقرار به،

[١] في حاشية «أ» زيادة (في موضعه).

[٢] في حاشية «أ» زيادة (بن الحسن في الكتاب).

وإن كان يباع به إذا ثبت بتصديق المولىٰ، وهذا لا شكَّ فيه.

إنما الشُّبهة في أن المضمون مالٌ أو ليس بمالٍ، فقد زعم أبو يوسف أنه مالٌ.

فالدليل علىٰ أنه ليس بمالٍ: أنه متىٰ أُتلف علىٰ الوجه الذي أباحه الشَّرع بملك نكاحٍ لم يكن مالا. وقد سلَّم أبو يوسف ذلك وعليه الإجماع.

وكذلك إذا أُتلف علىٰ وجه الحرمة كالطَّرف إذا أُتلف بالقطع علىٰ ما أباح الشَّرع بحراسته[١] لم يكن إتلافَ مالٍ، فكذلك إذا أُتلف علىٰ[٢] الحرمة.

وعكسه: المال من المطعوم والمشروب وغيره، متىٰ أُتلف علىٰ[٣] الحرمة لما[٤] كان مالا. فكذلك إذا أتلف علىٰ الوجه المباح أو هلك بوجهٍ مباح كان مالا؛ لأن المتلف لا يفترق حاله في نفسه، أُتلف علىٰ سبيل الحرمة أو الحل.

فلما سقطت الماليَّة حال القتل لضرورة الماليَّة تبعًا لما ليس بمال، فكذلك حال الحرمة تعظيمًا لأجزاء بنىٰ آدم، حيث لم تظهر الماليَّة فيها إذا قصدت بالإتلاف حتىٰ لا يقصد به كالمال.

فأصل المال علَّةٌ للابتذال من كلِّ وجه، والخطر فيه عارضٌ بالشَّرع، ومتىٰ سقطت الماليَّة، والآدمي في الأصل محصن عن الإتلاف إلا بعوارض كان أحصن للآدمي، وأوجب للحرمة.

---

[١] في حاشية «أ» (حرا بسببه).

[٢] في حاشية «أ» زيادة (وجه).

[٣] في حاشية «أ» زيادة (وجه).

[٤] في حاشية «أ» (أن).

إلا أن هذا الجزء فارق سائر الأجزاء بأن شرع إتلافه[١] ببدلٍ، كما شرع في الأموال، فيعتبر به إذا أتلف على غير المشروع، ولم يعتبر بالجناية، فنزِّل هذه[٢] الجزء منزلة المال والنَّفس، فقبل العبد لا يملك الإقرار بضمانه، كما لو أقرَّ بأرش الجناية، وإذا ثبت بيع به، كما في ضمان المال، وكما لو وجب بالعقد يباع به، ولا يملك الإقرار به.

بخلاف ما إذا غصب العبد أمةً فافتضها آخر وهرب؛ لأن العبد بالغصب ضمنها بكرا كذلك، فضمن ما عجز عن رده، وبرئ عما ردَّ، كما لو ردَّها[٣] عذراء، وكما[٤] ذهبت البكارة بغير فعل أحد، ولو فقأ عينها، وأقرَّ بذلك بلا غصبٍ سابقٍ لم يملك الإقرار به.

فصار سر المسألة أن أبا يوسف لم يسقط الماليَّة عن العُذرة إلا بالعقد، وأسقط عن سائر الأجزاء بالإتلاف قصداً.

وهما أسقطا الماليَّة عن العُذرة متى قصدت بالإزالة كما يكون بالعقد؛ لأن الأصل في جميع الأجزاء أن لا تعتبر مالًا إذا قصدت بالإزالة؛ فكذلك هذا الجزء.

ولما فارق غيره بأن استحقّ إزالته بالعقد بضمانٍ كالمال، فيأخذ حكم ضمان المال بذلك القدر، وهو أن يباع به، لا أن يعتبر مالًا، ويُجعل ضمان تجارة.

---

[١] في حاشية «أ» (تملكه وإتلافه).

[٢] «أ» (هذا).

[٣] «أ» (وبرئ عما ردها)، وفي حاشية «أ» (كما لو ردها)، والمثبت من «ن».

[٤] زاد في «أ» (لو).

|١٠٧٨| **مسألةٌ**: إذا باع المولىٰ عبده المأذون، وغاب، فجاء رجلٌ وادَّعىٰ على العبد دينًا لَحِقه في حال إذنه عند البائع وأقام البيِّنة، لم يصحَّ **عندهما**.

وقال أبو يوسف: يصحُّ.

لأن الدَّين يتعلَّق بعين العبد، ويدور معه، فيملك الخصومة بسببه من كان العين في يده، ولملك إثبات سببه عليه، وإن تناول السَّبب غيره.

كما إذا قال: «هو رهنٌ عندي من قبل البائع» وأقام البيِّنة عليه، أو قال: «كان إجارة عندي»؛ بل أوْلىٰ لأن تعلُّق الدّين بالعبد أكثر من تعلُّق الرَّهن.

بخلاف الموصىٰ له بعبدٍ إلىٰ قبض العبد بعد موت الموصي، فجاء رجل وادَّعىٰ دينا علىٰ الميت؛ لأن الدَّين في ذمَّة المولىٰ، وما هو بمتعلِّق بعين العبد في أصله، وإنما يتعلَّق به بالموت إذا ثبت الوجوب علىٰ الميِّت فتتناول الدَّعوىٰ في أصلها الميِّت دون العبد، وذو اليد ليس بخصمٍ عن الميت. وههنا تناولت العبد، وذو اليد خصمٌ فيه.

وكذلك إذا اشترىٰ عبدًا بألفٍ، فقبض قبل نقد الثَّمن بغير إذن البائع، وباعه من آخر، وسلمه، وغاب، ثم جاء البائع وأراد استرداده ليحبسه، وأقام البيِّنة= لم يسمع؛ لأن حق الحبس لا يثبت له بسبب البيع ليمكنه إثبات البيع؛ لأنه سبب حقه؛ لأن البيع سبب إزالة حقِّه في المبيع إلىٰ المشتري لا إثباته له. وإنما ثبت له حق الحبس بناءً علىٰ حقِّه في الثَّمن؛ لأن البيع يوجب لهما الحق المساواة، وحقُّ البائع تعيَّن في المبيع بالإشارة، فجُعل له حقُّ الحبس ليتعيَّن حقُّه في الثَّمن بالتسليم إليه.

فثبت أنه يملك الحبس بناءً علىٰ حقِّه في التَّعيين في الثَّمن، وذو اليد ليس

بخصمٍ عن المشتري الأوَّل فيما لهذا عليه من الثَّمن، فلا يمكنه إثبات حق تعيين الثَّمن بالدَّعوىٰ علىٰ ذي اليد، فلا يثبت حقُّ حبس المبيع الذي لا يثبت إلا بناءً عليه.

قال أبو يوسف: وهو قول أبي حنيفة في رواية أبي[1] سماعة.

ولهذا قلت: إن من اشترىٰ دارًا، ثم وهبها لآخر، ثم جاء الشَّفيع وأقام البيِّنة علىٰ الموهوب له= صح؛ لأن حقَّه حقُّ الشُّفعة متعلِّق بعين المشترىٰ، وذو اليد خصمٌ في حقِّ العين بحقِّ نفسه، فيصير خصمًا في إثبات سبب ذلك الحق، وهو الشِّراء.

ولهما: أن دعوىٰ الدَّين ليست بدعوىٰ استحقاق العين؛ لأن العين مال، والدّين لا يجب في المال ابتداءً، فإن[2] ما لا ذمَّة له لا يلزمه الدّين ابتداءً. والذِّمَّة بلا مال يلزمه الدّين، فثبت أن دعوىٰ الدَّين دعوىٰ شغلٍ في الذِّمَّة وإذا ثبت تعلَّق بمعنىٰ المال، لا بعينه؛ لأن الذي يتعلَّق بالمال معنىٰ الاستيفاء؛ لأن الاستيفاء لا يكون من الذِّمَّة، وإنما يكون من المال، وعينه لا يستوفىٰ به، وإنما يستوفىٰ معناه، ولم يكن للغريم[3] أخذ العين بوجه، والمعنىٰ قد تبدَّل بتجدُّد الشِّراء؛ لأن المال المملوك للمشتري غير الذي كان للبائع، فصار فيه كعبد آخر، فلا يتناول ما في يده ابتداء الدَّعوىٰ ليخاصمه بحقِّ نفسه، وهو ليس بخصمٍ عن البائع؛ فبطلت الدَّعوىٰ. كما في مسألة الميِّت، والموصىٰ له.

بخلاف دعوىٰ الرَّهن؛ لأن المملوك بعقد الرَّهن ثبوتُ يده علىٰ غير الرَّهن

(١) كذا في «أ» و«ن»، والأصح: ابن سماعة.
[٢] في حاشية «أ» (الغير مما لا ذمة له).
[٣] «أ» (الغريم).

إمساكًا لحقِّه قبل الاستيفاء.

ألا ترى أن الدَّين وإن كان [مؤجَّلًا كان له حقُّ الإمساك، ولا يجوز بيع الرَّهن، وفي مسألة دين العبد متى كان][1] مؤجَّلًا كان للمولى أن يبيعه.

وكذلك المستأجر يملك قبض العين بحقِّه، والعين نفسه لا يختلف باختلاف الأسباب، إنما يختلف ملك ما فيه من المال.

وكذلك الشَّفيع جَعله الشَّرع أَوْلى ببيع الشُّفعة[2] من المشتري، والشِّراء يتعلَّق بالعين لا بالمعنى. والله أعلم.

تم كتاب المأذون.

[1] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن».

[2] في حاشية «أ» (العين منه).

كتاب الوكالة

[بسم الله الرحمن الرحيم][١]

الوكيل بالخصومة إذا أقرَّ على موكلِّه صحَّ في مجلس القضاء[٢]، دون غيره.

وقال زفر والشَّافعي(٣) ـ رحمهما الله ـ: لا يصحُّ [أينما كان][٤].

وهو قول أبي يوسف [الأول][٥]، ثم رجع وقال: يصحُّ أينما كان.

أما من قال بالبطلان[٦]: فلأنه وكَّله بالخصومة، والخصومة اسم للكلام مع الخصم على سبيل المنازعة؛ لأن الخصومة والمنازعة سواء، فكلامٌ على سبيل المساعدة لا يسمَّى خصومةً، ولا منازعةً؛ لأنه ضدها، فلا يثبت للوكيل ذلك باسم الخصومة.

كما إذا وكَّله بشراء العبد لا يملك شراء الأمة؛ لأن الاسم لا يشتمل عليها، وإذا كان كذلك صار بمنزلة التَّوكيل بالخصومة بالإنكار، دون الإقرار، وبالدَّعوى دون الإقرار[٧].

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن».

[٢] «ص» (الحكم القاضي).

(٣) انظر: «الأم» للشافعي (٣/٢٣٧)، و«مختصر المزني» (٨/٢٠٩).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٦] «ص» (أما من أبطل احتج).

[٧] «ص» (الإفراز).

ألا ترىٰ أن الوكيل بالخصومة لا يملك الصُّلح عن الحق ؛ لأنه غير الخصومة .

وكذلك الوكيل بالخصومة عن دعوىٰ القصاص أو حدِّ القذف إذا أقرَّ لم ينفذ[١] علىٰ موكِّله بالإجماع[٢].

إلا أنا نقول: حقيقة اللفظ توجب ما قاله ، ولكنا تركناه وحملناه علىٰ المجاز بدليل ، وهو: التَّوكيل بجواب الخصم ، فإن جواب الخصم يسمَّىٰ خصومة مجازًا ، وإن لم يكن خصومة في نفسه ، فكانت[٣] مساعدة ؛ لأن سببه كان خصومة الآخر معه ، أو خرج[٤] في مقابلة الخصومة .

كما يسمَّىٰ جزاءُ العدوان عدوانًا ، وجزاء السيِّئة سيِّئةً ، [وإن لم يكن الثَّاني سيِّئة][٥] ، بل كان حقًّا ؛ لأنه وجب بسبب السيِّئة ، وفي مقابلتها .

وإذا جاز أن يسمىٰ جواب الخصم خصومةً[٦] مجازًا ، وإن لم يكن خصومة في نفسه حملت هذه التَّسمية علىٰ الجواب الذي هو مجازٌ بدلالة . وهي: أن التَّوكيل أمرٌ بما له ، والذي ملك في مقابلة خصومة دعوىٰ المدعي جوابه ، لا الإنكار[٧] ، فإنه لا يملك الإنكار إذا عرفه محقًّا ، وربما يكون محقًّا ، وإنما يملك الإقرار[٨].

---

[١] «ص» (لم يصدق) .

[٢] «ص» (بلا خلاف) . وفيها زيادة: (فكذلك غيره من الوكلاء بالخصومة) .

[٣] «أ» (وكانت) .

[٤] «أ» (حرج) ، ولم تضبط في «ن» ، والمثبت من «ص» .

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» ، والمثبت من «ن» .

[٦] «أ» «ن» (جواب الخصومة) ، والمثبت من «ص» .

[٧] في حاشية «أ» (كالإنكار) .

[٨] «ص» (وهي أن التوكيل أمر بما هو له في مقابلة دعوىٰ المدعي جوابه الإنكار ، فإنه يملك الإنكار=

فثبت أن الجوابَ المملوكَ له إما إقرارٌ، وإما إنكارٌ، فمطلق التَّوكيل بإقامته مقام نفسه فيما له[١] بالدَّعوىٰ ينصرف[٢] إلىٰ ما لَه، دون ما ليس له.

كعبدٍ بين رجلين وكَّل أحدهما رجلًا ببيع نصفه، فإنه ينصرف إلىٰ نصيبه خاصَّة، دون نصفٍ شائع من النَّصيبين[٣] جميعًا.

فكذلك ههنا ينصرف إلىٰ ما لَه، وهو الجواب عن الدَّعوىٰ والخصومة علىٰ ما أطلق له الشَّرع ذلك[٤] مجازًا، لا إلىٰ ما يسمىٰ خصومة؛ لأن الكلام يستعمل علىٰ مجازه وحقيقته، ومطلق الأمر يوجب النفاذ، وذلك إنما يصحُّ إذا كانت فيما ملكه، وأمكننا ذلك باستعمال المجاز ففعلناه[٥]، كما في تسمية النِّصف لَمَّا أمكننا تنفيذ أمره بالصرف إلىٰ نصف هذا الأمر، وفيه ضرب تخصيصٍ وتعيينٍ، وإنه مجازٌ أيضا.

ألا ترىٰ أن رجلًا لو جاء وادعىٰ نصفه واستحقَّه بالبيِّنة، انصرف إلىٰ نصفٍ شائعٍ من النَّصيبين، دون نصف لأحدهما عينٍ.

❁ فإن قيل: أجمعنا أن الحقيقة مرادة، وهي[٦] الإنكار، فبطل أن يكون مجازه مرادًا.

= إذا عرفه محقا، وربما يكون محقا، وإنما يملك الإنكار).

[١] «ص» (فيما يلزمه من...).

[٢] «أ» و«ن» (يتصرف)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٣] في حاشية «أ» (لأنه سمىٰ النصف لتنفيذ أمره فيه فتعين له ما هو له فيه ما أمكن إلا أن ينص فيقول بنصف من النصيبين).

[٤] «ص» (وملكه).

[٥] «أ» (فقلناه)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٦] «أ» «ن» (مراد، وهو)، والمثبت من «ص».

۞ قلنا: إذا أنكر صحَّ، وكان وكيلًا فيه، لا لأنه حقيقة وهي ثابتة فيه باللفظ، ولكن لأنه جواب الخصم. وإنه سمِّي خصومةً مجازًا، فملك الإنكار بكونه جواب الخصم، لا بكونه خصومة، ولما ملكه بلفظ المجاز دخل تحته ما يكون جوابا من نوعٍ آخر لعموم المجاز.

ألا ترىٰ أنه إذا[١] حلف: «لا يضع قدمه في دار فلان»، فدخلها ماشيا= حنث، وهو حقيقةٌ، وإذا دخلها راكبًا حنث أيضا، وهو مجاز؛ لأن المراد بهذا اللفظ مجازه وهو الدُّخول، إلا أن الدُّخول دخولٌ سواء كان ماشيًا أو راكبًا، فيحنث بعموم المجاز في الحالين، لا بكون المسمَّىٰ حقيقةً.

وكقوله: «اليوم الذي يقدم فيه فلان، امرأته طالق»؛ فقدم [فلان][٢] ليلا أو نهارا= حنث، والنهار حقيقةٌ، والليل مجازٌ؛ لأنه صار كنايةً عن الوقت مجازًا، ثم عموم المجاز يتناول الليل والنهار، فيحنث في الحالين بالمجاز، لا بالحقيقة في حال، والمجاز في أخرىٰ.

بخلاف ما إذا وكَّله بالخصومة غيرُ جائزِ الإقرارُ عليه؛ لأنه لم يبق للصرف[٣] إلىٰ ما لَه محملًا[٤]، فصار كالتَّوكيل ببيع نصف العبد من نصيبهما جميعًا، فإنه لا ينصرف إلىٰ نصفه؛ لأن الأمر لا يحتمله، وإنما يطلب[٥] تصحيحه علىٰ ما لَه إذا احتمل الأمر ذلك.

[١] «ص» (وهذا كمن).
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٣] «ص» (منه من التصرف).
[٤] «ص» (محل).
[٥] «أ» (بطلت)، ولم تضبط في «ن»، والمثبت من «ص».

وبخلاف الوصي إذا أقرَّ على اليتيم [في مجلس الخصومة][١]؛ لأن الشَّرع هو الذي وكَّله وأنابه، وإنما أنابه ووكَّله فيما يكتسب[٢] لليتيم ما يقوم به مصالح نفسه عاجلًا، لا فيما يقوم به مصالحه دينًا، وليس في الإقرار مصلحةٌ للصغير عاجلًا، بل فيه ضررٌ.

وإنما يكون فيه مصلحة دينيَّةٌ، والشَّرع قد وضعها عنه إلى أن يبلغ، حتى أنه لا يأثم بمطله، فبقي إبطالَ[٣] ملكٍ[٤] بلا مصلحة، وإنه لم يدخل تحت ولايته، كالهبة، ونحوها.

وبخلاف الوكيل[٥] بالخصومة في القصاص، فإنه متى كان وكيل المدعي صحَّ الإقرار، وإنما لا يصحُّ إذا كان وكيل المدَّعى عليه؛ لأن القصاص لا يجب مع الشُّبهة، وفي إقامتنا[٦] مقامه في الجواب إقرارًا كان أو إنكارًا شبهةٌ، فلم تثبت في حقِّ ما سقط[٧] بالشبهات، كما لم يصر بشهادة النساء مع الرجال حجَّة في هذا الباب لمعنى الشُّبهة.

وإذا كان كذلك بقيت العبرة للحقيقة في باب القصاص والوصي. كما إذا استثنى[٨] الموكِّل فقال: غير جائز الإقرار. وإذا ثبت هذا في جانب المدعى

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٢] «ص» (يكسب).
[٣] «ص» (فيبقى بإبطال).
[٤] «أ» (ملكه)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٥] «ص» (التوكيل).
[٦] «ص» (إقامته).
[٧] «ص» (يثبت).
[٨] «ص» (اشترى).

عليه، فكذلك في جانب المدعي؛ لأنه متىٰ صار وكيل المدعي قام مقامه في مقابلة المنكر، والمنكر خصمه، فسمي الجلوس معه لمقابلته[١] خصومة مجازًا، سواءٌ كان دعوىٰ عليه، أو تصديقًا، كما قلناه في جانب المنكر فانصرف الأمر إلىٰ مجازه؛ لأن المجاز هو المملوك له، لا نفس الدَّعوىٰ التي هي حقيقة الخصومة؛ لأن الدَّعوىٰ لا تحلُّ إذا تبيَّن له أنه مبطلٌ، كما في جانب المنكر.

وبخلاف الصُّلح؛ لأنه ليس بجواب، بل هو تصرّف في الحق، فلا يكون خصومة، لا مجازًا، ولا حقيقةً.

❊ ❊ ❊

[١] «ن» (لمقاملته).

فَصْلٌ

ثم علىٰ قول أبي يوسف أخيرًا يصحُّ إقراره أينما كان؛ لأنه قام مقامه في جواب خصمه [الذي كان له][١]. وكان له الجواب [عنه][٢] في مجلس الحكم وغيره، وإنما يختص بمجلس الحكم الوجوب عليه. والتَّوكيل يصحُّ من حيث إنه له، لا من حيث إنه عليه، ومن حيث له الجواب، لا خصوص لمكان.

وأبو حنيفة يقول: إن الخصومة إذا أطلقت أُريد بها ما يكون في مجلس الحكم، فأما في غير مجلس الحكم يسمَّىٰ مجادلةً، فبدلالة عرف اللِّسان يختصُّ باللفظ ما يوجد في مجلس الحكم، كما يختص نقد البلد إذا سمِّيت دراهم[٣] مطلقًا بدلالة العرف.

وكذلك دلالة الحال تدلُّ عليه؛ لأن الإنسان يوكِّل غيره في حقِّه ويستعين به لحاجته إلىٰ ذلك، ولا حاجة به إلىٰ الجواب إلا في مجلس الحكم.

وهذا كما أن[٤] التَّوكيل بشراء الجمْد(٥) في الصيف يوقَّت بالصيف وإن وقع مطلقًا[٦]؛ لأن الحاجة مؤقتة[٧] بالصيف. وهذا الوجه أحسن من الأول، وأبعد من المنازعة.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (مرادا بتسمية الدراهم).

[٤] «ص» (كما قيل في).

(٥) الجمد بسكون الميم: ما جمد من الماء لشدة البرد. انظر: «العناية شرح الهداية» (٧٨/٨).

[٦] «أ» «ن» (يتوقف بالصيف وإن وقعت مطلقة)، والمثبت من «ص».

[٧] «أ» (متوقتة)، والمثبت من «ن» و«ص».

فَصْــلٌ

ثم قال أبو يوسف ـ ﷺ ـ: إن الوكيل إذا عُزل قبل الخصومة فشهد للمدعي بذلك الحق مع آخر لم تقبل شهادته، كما لو خاصم ثم عُزل؛ لأنه صار خصمًا بنفس التَّوكيل حيث صحَّ إقراره لقيامه مقام الموكِّل.

وعند أبي حنيفة تُقبل شهادته؛ لأن التَّوكيل متوقِّتٌ[1] بمجلس الخصومة عند القاضي، فقبل ذلك الوقت لا وكالة. وكان بمنزلة الوكالة بالخصومة بعد غد، ثم عزله قبل الوقت، ثم شهد، فإن الشَّهادة مقبولة.

[١٠٧٩] مسألةٌ: قال أبو حنيفة ﷺ: لا يصحُّ التَّوكيل بالخصومة بغير رضى الخصم إلا عن عذر، وهو أن يكون مريضًا أو يريد سفرًا.

وكذلك قال أبو يوسف أولا في الرَّجل، ثم رجع وقال: إنه صحيح.

وهو قول محمد والشَّافعي(٢).

لأن عليا ﷺ كان يوكِّل عقيلًا بالخصومة عنه(٣). ....

[١] «أ» (يتوقت)، والمثبت من «ن» و«ص».

(٢) انظر: «الحاوي الكبير» (٦/٥٠٢)، و«نهاية المطلب في دراية المذهب» (٧/٣٤).

(٣) رواه ابن أبي شيبة (٢٣١٧٧)، والبيهقي في «السنن الصغير» (٢١٠٨)، وفي «السنن الكبير» (١١٤٣٧).

ولفظ ابن أبي شيبة: عن محمد بن إسحاق، عن جهم بن أبي الجهم، قال: حدثني من سمع عبد الله بن جعفر، يحدث أن عليا كان لا يحضر الخصومة، وكان يقول: «إن لها قحما يحضرها الشيطان»، فجعل خصومته إلى عقيل، فلما كبر ورق حولها إلي، فكان علي يقول: «ما قضي لوكيلي فلي، =

ولم يرِد[١] فيها رضىٰ الخصوم.

ولأن التَّوكيل حصل بخالص حقِّه، فلا يشترط لصحَّته رضىٰ غيره.

دليله: حال السفر والمرض.

ودليله[٢]: التَّوكيل ببيع عبده، وطلاق امرأته.

وكذلك[٣] إذا وكَّل رجلًا بقضاء دينه لم يكن لصاحب الدّين أن يمتنع عن القبض منه.

وكذلك التَّوكيل بتقاضي الدّين يصحُّ، ولم يكن للمديون أن يمتنع عن تقاضيه، كما لا يمتنع عن تقاضي الموكِّل.

وهذا؛ لأنه متىٰ لم يكن للغير حقٌّ فيما وكَّله لم يتوقَّف علىٰ رضاه؛ لأن الرِّضىٰ مشروطٌ نظرًا له، حتىٰ لا يبطل حقُّه بغيره، وهذا لا شكَّ فيه.

وإنما الشُّبهة في بيان أنه خلص[٤] له. **فالدليل عليه**: أن المدعي لما وكَّله بالخصومة فقد وكَّله بالدَّعوىٰ، والدَّعوىٰ خالصُ حقِّه، إن شاء قال وإن شاء سكت[٥]، لا حقَّ للمنكر فيها، إنما حقُّه في ترك الدَّعوىٰ.

= وما قضي علىٰ وكيلي فعلي». والحديث سنده ضعيف؛ لأن ابن إسحاق مدلس وقد عنعنه، ولجهالة جهم بن أبىٰ الجهم. كما في «إرواء الغليل» (٥/٢٨٧). وانظر: «نصب الراية» (٤/٩٤)، «الدراية في تخريج أحاديث الهداية» (٢/١٧٤).

[١] «ص» (يرو).

[٢] «أ» (دليل)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «ص» زيادة (وكذلك إذا وكل رجلا بطلاق امرأته). والمعنىٰ مكرر.

[٤] «ص» (خالص).

[٥] «ص» (لم يدع).

وكذلك من جانب المنكر، وكَّله بالإنكار، والإنكار خالص حقِّه لا حقَّ للمدعي فيه، بل حقُّه يمتنع ثبوته بإنكاره.

وأبو حنيفة يفسد التَّوكيل في جانب الإنكار، دون الإقرار؛ فإنه لو أمره بالإقرار عليه صحَّ إذا أقرَّ ولا يتوقَّف ثبوت هذه الوكالة على رضى الخصم، إنما يمتنع إذا وكله بالإنكار، فصار الحق المطلوب[١] من كلام كل واحد منهما على سبيل الخصومة محضًا لصاحبه، لا يشركه[٢] الآخر فيه، بل فيه ردٌّ لحقِّ الآخر كما خلص الحق له ببيعِ عبده ونفاذِ تصرُّفه في ملكه الخالص له إذا أراد النفاذ.

وكما في التَّوكيل بالتقاضي فإن الحقَّ المطلوب من كلام الوكيل يخلص له.

وكذلك في التَّوكيل بإيفاء الدّين؛ لأنه استعان به في تحصيل البراءة له بتسليم المال إليه، وهذا من حقِّه.

ولأبي حنيفة: أن جواب الخصم حقٌّ واجب للخصم على المدعى عليه[٣]، بدليل أن القاضي يحضره مجلسه[٤]، ويلزمه الجواب من دعواه متى طلبه المدعي، ولا يطالَب به متى لم يطلبه، ولما لزمه الجواب[٥] حقا للمدعي، بدليل أنه يستوفي متى طلبه[٦]، وهو بالتَّوكيل قصَد الإحالة إلى غيره ما عليه، والنَّاس

---

[١] «أ» (المط)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «أ» (بشركة)، «ص» (شركة)، والمثبت من «ن».

[٣] «أ» «ن» (المدعي)، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (يستحضره بنفسه).

[٥] في «ص» وحاشية «أ» زيادة (وتسليم نفسه في مجلس الحكم للجواب).

[٦] «ص» (بطلبه).

يتفاوتون في أدائه، فلا يصحُّ.

كما إذا كان عليه دينٌ فأحاله به على رجلٍ، فإنه لا يصحُّ إلا برضا صاحبه؛ وهذا لأنه لما تفاوت النَّاس فيه ـ وهو حق عليه للخصم ـ كان تصرّفا فيما لغيره من حيث يتضرر[١] به الغير؛ فلا ينفذ إلا برضاه كما لو باع مال الغير أو رهنه[٢].

وإذا ثبت هذا في المنكر، فكذلك في المدعي؛ لأنه قد ينقلب مدعًى عليه، إذا جاء حال المعارضة، ويصير الجواب عليه، ولأن الدَّعوى[٣] تلزمه الجواب، ورب دعوَى ألزم من دعوَى، فيتضرر المنكر بالنقل إلى من يلزمه زيادة.

❁ فإن قيل: إن الجواب لا يصير حقًّا للمدعي؛ لأن الدَّعوى ليس بسبب للاستحقاق، ولكن القاضي يلزمه الجواب حقًّا للشرع، وحسبة ليتفرَّغ لسائر النَّاس، فإن العدل بين النَّاس في سماع الخصومات واجبٌ حقا لله تعالى.

❁ قلنا: لا كذلك؛ فإنه لا يسأله [إلا][٤] إذا طلب الخصم، وما يستوفى بطلب العبد[٥] يكون حقه؛ وهذا لأن الدَّعوى خبر يحتمل الكذب والصِّدق، والظَّاهر على الصِّدق، كما في سائر إخبارات[٦] العدل، فمن حيث إنه صدق كان متناولا للمدَّعى عليه، فقال[٧] له: أخرج عن احتمال صدق كلامه بالجواب،

[١] «ص» (يتصور).
[٢] «ص» (وهبه).
[٣] «ص» (المدعي).
[٤] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[٥] «ص» (الغير).
[٦] «ص» (أخبار).
[٧] «ص» (فيقال).

إما علىٰ التصديق، أو الدفع بالمعارضة بإنكاره خبرا يخبر. إنما الدَّعوىٰ لا تكون حجَّة في استحقاق المدعىٰ به[١]؛ لأنه محتمل، ولا المنكر[٢] عارضه بإنكاره. لا أن يكون حجَّة لاستحقاق[٣] أصلًا.

ألا ترىٰ أنه يستحقُّ الاستحلاف بعد الإنكار بنفس الدَّعوىٰ، علىٰ ما قال النبي ﷺ للمدعي: «ألك بيِّنة»؟ فقال: لا. فقال: «لك يمينه»(٤).

وبدليل: أنه يستوفي منه [اليمين][٥] بطلبه، فالجواب من الخصم واجبٌ حقًّا للمدَّعي، ثم اليمين إذا أنكر.

---

[١] «ص» (المدعىٰ عليه).

[٢] «ص» (لأنه محتمل في نفسه، ولأن المنكر).

[٣] «أ» (الاستحقاق)، «ص» (للاستحقاق)، والمثبت من «ن».

(٤) رويت هذه الجملة في عدة أحاديث، حيث روىٰ البخاري (٢٤١٦)، ومسلم (١٣٨) ـ واللفظ لمسلم ـ عن عبد الله بن مسعود ﷺ، عن رسول الله ﷺ قال: «من حلف علىٰ يمين صبر، يقتطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر، لقي الله وهو عليه غضبان»، قال: فدخل الأشعث بن قيس، فقال: ما يحدثكم أبو عبد الرحمن؟ قالوا: كذا وكذا، قال: صدق أبو عبد الرحمن، في نزلت، كان بيني وبين رجل أرض باليمن، فخاصمته إلىٰ النبي ﷺ فقال: «هل لك بينة؟» فقلت: لا، قال: «فيمينه»، قلت: إذن يحلف، فقال رسول الله ﷺ عند ذلك: «من حلف علىٰ يمين صبر، يقتطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر، لقي الله وهو عليه غضبان» فنزلت: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشۡتَرُونَ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ وَأَيۡمَٰنِهِمۡ ثَمَنٗا قَلِيلًا﴾ [آل عمران: ٧٧] إلىٰ آخر الآية.

وروىٰ مسلم (١٣٩) عن وائل بن حجر ﷺ، قال: جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلىٰ النبي ﷺ، فقال الحضرمي: يا رسول الله، إن هذا قد غلبني علىٰ أرض لي كانت لأبي، فقال الكندي: هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق، فقال رسول الله ﷺ للحضرمي: «ألك بينة؟» قال: لا، قال: «فلك يمينه»، قال: يا رسول الله، إن الرجل فاجر لا يبالي علىٰ ما حلف عليه، وليس يتورع من شيء، فقال: «ليس لك منه إلا ذلك»، فانطلق ليحلف، فقال رسول الله ﷺ لما أدبر: «أما لئن حلف علىٰ ماله ليأكله ظلما، ليلقين الله وهو عنه معرض».

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

❊ **فإن قيل:** إن سلمنا أن الجواب حقٌّ على المنكر للمدَّعي، فحقٌّ له لِرجاء أن يقرَّ له[١] ويصدِّقه، لا لإنكاره، فإنه بالإنكار يدفعه عن نفسه، ويُثبت حقَّ نفسه، والنِّزاع في التَّوكيل بالإنكار، فإنه جائز بالإقرار.

وهذا كما أنا[٢] نجعل اليمين حقًّا له[٣] لِرجاء النُّكول دون الحلف، فإنه متى حلف كان حجَّة للمنكر، وانقطعت عنه دعواه إلى أن يأتي [المدَّعي][٤] بالبيِّنة، فإذا كان التَّوكيل الذي فيه خلاف هو الإنكار، والجواب لم يصر حقًّا له للإنكار[٥] =لم يكن التَّوكيل بما هو حقٌّ عليه، بل كان بما هو حقُّه.

❁ **قلنا:** نعم، ولكنَّ النَّاس يتفاوتون في الإنكار؛ فرب إنكار [يكون][٦] أشدَّ دفعًا للمدعي من إنكارٍ، فيكون في التَّوكيل به إضرارا بالمدعي من حيث يتوهَّم منه إنكارٌ أشدّ لم يكن ذلك عند الموكِّل، وكان بمنزلة المديون إذا وكَّل إنسانًا بأن يقبضه دينه، ينفذ دون أصل الدّين. فإنه لا ينفذ على صاحب الدّين، ولا يلزمه القبول منه إلا برضاه.

❊ **فإن قيل:** إن المنكر متى كان محقًّا حتى صحَّ إنكاره ملك أشدَّ ما[٧] يكون من الإنكار، وأبطل لدعواه[٨]، ويكون ذلك جوابًا عنه، فإن لم يأت به،

---

[١] «أ» (أن يعزله).

[٢] «أ» (أن)، والمثبت من «ن»، وفي «ص» (كما يجعل).

[٣] «ص» (للمدعي).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (بالإنكار).

[٦] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

[٧] «أ» «ن» (وما)، والمثبت من «ص».

[٨] «ص» (وأكثر إبطال للدعوى).

وأتى بإنكارٍ ضعيف؛ فإما أن يكون لغفلة وجهل، أو مسامحة، فلا تصير هذه الحقَّة التي ثبتت[١] للمدعي من هذه الوجوه حقًّا له[٢].

ألا ترى أنه لو جاء بأبلغ وجوه الإنكار سمع[٣] منه، فإنابة الوكيل الذي يأتي أشد الإنكار تكون إنابة فيما ملكه خالص حقٍّ لنفسه[٤] من غير ضررٍ يلحق المدعي.

كما لو كان لربِّ الدّين نقدٌ زائفٌ على المديون، فإن المديون بالخيار: إن شاء أتى بالزيفة وهو قدر حقه قبله[٥]. وإن شاء أتى بالأجود[٦] وهو مسامحةٌ منه، أو ربما يأتي به لجهله بذلك. ثم لو وكل بالقضاء وكيلًا عالِمًا لا يسامحه، ولا يعطيه فوق حقِّه لم يمنع منه.

❁ قلنا: إنا لا ندري قدر حقه[٧]، ولا نصدقه على المدعي، فلا يرد[٨] قول المدعي أنه بالتَّوكيل يزيد على ماله.

ولأنه كيف ما كان فهو إحالة إلى غيره لما عليه، فيكون تصرُّفًا فيما عليه للغير، فلا ينفذ، وإن لم يلحق به ضررا، بخلاف التَّوكيل بقضاء الدّين، فإنه لا يتحول ـ بالتَّوكيل ـ أصلُ الدّين عنه، وإنما يزداد له بالتَّوكيل من يتوصل إليه من

---

[١] «أ» (يصير هذه الحقة التي ثبت)، والمثبت من «ن».
[٢] «ص» (فلا تصير هذه الحقة التي تثبت من هذه الوجوه حقا لهما).
[٣] «ن» (يسمع).
[٤] «ص» (خالصا لنفسه).
[٥] «ص» (أدى الزيف وهو حقه).
[٦] «ص» (أدى الجيد).
[٧] «ص» (الحوالة).
[٨] «ص» (ولا نترك).

جهته بالقبض منه، فلم يكن تصرّفًا فيما عليه، بل كان فيما له.

❁ فإن قيل: فكذلك ههنا وجوب الجواب على المنكر، لا يتحول عنه إلى الوكيل، بل يبقى عليه كما كان، ولكن يزداد بالتَّوكيل من يسمع الجواب منه، فهو كالتَّوكيل[١] بإيفاء دين[٢] صحَّ التَّوكيل به، لما فيه من تصرّف فيما له[٣] من حيث إطلاق التَّصرُّف في ملكه، لا فيما عليه لصاحب الدّين، فكذلك ههنا يصحُّ فيما له من الإنكار ومحافظة ملكه وذمته، دون ما عليه.

❁ قلنا: هذا التَّوكيل لا يخلو عن التَّصرُّف فيما عليه؛ لأن المدَّعي لا يبقى له حق طلب الجواب من الموكِّل، ولا استحضاره مجلس الحكم.

وكذلك هذا في التَّوكيل بالقضاء[٤] إذا أوفاه الوكيل أُجبر على القبول، ولا يبقى له حق المطالبة من الموكِّل[٥]، ولكن مع هذا نفذ التَّصرُّف؛ لأن وصوله إلى حقِّه من يدي الوكيل كالوصول إليه من يدي الموكِّل، لا يختلف ملك[٦] العين باختلاف اليدين، فيصير في قوله: «أنا لا أرضى به، وأطالب الموكِّل به» متعنتًا، فلا يلتفت إليه لتنعته.

وههنا بين الإنكارين تفاوت، فمتى لم ينفذ التَّوكيل فيما عليه[٧] بقيت

[١] في حاشية «أ» (بإيفاء دين واجب عليه). وفي «ص» (فهناك إيفاء وجب عليه وصح التوكيل...).

[٢] «ن»، «أ» (الدين).

[٣] «ص» (لصاحب الدين).

[٤] «ص» وحاشية «أ» (بالقبض).

[٥] «ص» زيادة (ولكن مع هذا التوكيل بالقبض).

[٦] «ص» (تمليك).

[٧] «ص» (فمتى لم يبطل ما عليه).

المطالبة لصاحب الحق قِبل الموكِّل، وملك تعيينه بالمطالبة، والإعراض عن النائب؛ لأنه غير متعنت في هذا الطَّلب.

❁ فإن قيل: إذا كان حقُّه في الجواب قِبل المنكر يتأدىٰ بأشد ما يكون من الإنكار، لم يحصل التَّفاوت فيه بإقامة الثَّاني مقامه، فيصير متعنتا في قوله: «أنا أريد هذا الأشد من المنكر[١]»، كما في مسألة قضاء الدّين.

فإن قال: ربما لا يأتي[٢] الأصل بالأشد.

قلنا له: ذلك ليس من حقك، وإنما يكون [لك][٣] بمسامحة أو غلط فليس لك أن تطلب ذلك منه.

فهذا إشكال أبي يوسف ومحمد.

بخلاف الحوالة بالدّين؛ لأنه تصرّف في أصل الدّين، وذلك عليه، لا له؛ ولأنه تمليكٌ لصاحبه مبتدأٌ قبَل المحتال عليه، والتَّمليك لا يصحُّ إلا برضا المالك، وإن لم يكن التَّصرُّف عليه، وكان له كالهبة والكفالة[٤]، فإنها لا تنفذ إلا بقبول المكفول له[٥] وما فيها حوالة؛ لِمَا فيها من تمليك جديد[٦]، وليس في هذا التَّوكيل تمليك ولا إحالة لحقِّه، بل فيه فتح طريقٍ آخر لاستيفاء حقه في الجواب الذي لا يحتمل التَّفاوت علىٰ الوجه الذي يتأدَّىٰ حقُّه به، فأشبه التَّوكيل

[١] «ص» وحاشية «أ» (الموكل).

[٢] «ص» (يتأتىٰ الأصل بأشد).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (وهذا كالهبة لإنسان في الكفالة).

[٥] «ص» زيادة (والموهوب له).

[٦] «ص» زيادة (وإن لم يكن فيي شيء منها حوالة).

بقضاء الدّين بالنقد الذي هو حقُّه.

وجواب أبي حنيفة: أن حقَّه في الجواب بقدر ما هو الحقُّ ولا ندري[١]، وربما يريد الوكيل نقله منا لأنه[٢]، فإن النَّاس يتفاوتون في ذلك، فربما يزداد عليه الشدَّة بإنكار الوكيل[٣]. لا يقع التَّفاوت بالوكيل[٤]، ولكن بخلافٍ يقصده الوكيل، وإذا قصد علم، وردَّ عليه، فلا يلحق صاحبَه ضررٌ.

وشبهتهما: أنه لما لم يستحقّ إنكارًا بصفة[٥] حتى يؤدي الحقّ بأشدِّ وجوهه من المدَّعى عليه. والأشد الذي هو نهاية لا يتفاوت النَّاس فيه، وإنما استفاد حقه بالموكِّل[٦] بجهله أو مسامحته، لا لحقِّه.

والجواب أن الإنكار الذي هو أشد ربما لا يكون حقًّا للمنكر، ولو استوفى منه لأتى بغير[٧] الحق لعدم هدايته[٨] إلى الأباطيل والحيل، ومتى فوّض إلى غيره خيف الميل عنه إلى الحيل المبطلة.

❊ فإن قيل: إنا إنما نجوِّز التَّوكيل بما أطلق له الشَّرع، لا بما حرَّم عليه

---

[١] «ص» (ولسنا ندري ذلك).

[٢] كذا في «أ» و«ن» «ص»، والمعنى غير تام كما هو ظاهر. وفي بعض حواشي نسخ أخرى «بقلة مبالاته». والله أعلم.

[٣] في حاشية «أ» زيادة (لهدايته بالخصومات [«ص»: إلى الخصومات] وإنه معدوم في باب الدين؛ لأن النقد معلوم، وخلافه ظاهر من الموكل كان أو من الوكيل، فلا يقع التفاوت).

[٤] «ص» (بالتوكيل).

[٥] «أ» (لصفة)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٦] «ص» (استفاد به الموكل...).

[٧] «أ» (بغيره)، والمثبت من «ن».

[٨] «ص» (ربما تبين الحق بعدم هدايته).

من الحيل.

❁ قلنا: نعم، ولكن [قد][١] ظهر العمل بخلاف هذا من النَّاس في التَّوكيل، فإنهم لا يطلبون منه إقامة[٢] الحق. ولكن يطلبون الدفع بكل حيلة وتصوير[٣] الحقِّ بصورة الباطل.

فهما جوَّزاه بناءً على ظاهر الحقِّ.

وأبو حنيفة أبطل بناءً على ما ظهر من العادة.

❁ فإن قيل: أليس أبو حنيفة جوَّز إقرار الوكيل عملًا بمجاز الخصومة حملًا للتوكيل على ما يحلُّ شرعًا؟

❁ قلنا: نعم؛ لأن العادة في الأخذ على الوكيل بنصٍّ لا يحتمل جهة إنابة[٤] الحق عليه متى أراد الدفع لا محالة، فمتى أطلقه علم أنه لم يرد ما عليه العادة، ولكن ما لَه في الشَّرع.

❁ فإن قيل: فينبغي أن يجوز في مسألتنا إذا أطلق بناءً على ما لَه في الشَّرع.

❁ قلنا: في اعتبار هذا الجواز بناءً على ما قلتَ بطريقٍ له إلى الإضرار بالمدَّعي؛ لأن من جوَّز هذا جوَّز كل نوع، وفي تجويز الأولى[٥] بناءً على ما قلنا إضرارٌ بالموكِّل، لا بخصمه، وإنه غير متَّهم في حقِّ نفسه، فلم ينسد عليه هذا

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» «ن» (إنابة)، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» (تصور)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] لم تضبط بالنقط في «ص».

[٥] «ص» (الأول).

الباب، ومتَّهم في حق غيره، فسُدَّ عليه الباب.

هذه طريقة عامَّة مشايخنا.

والذي أختاره[١] بأن الدَّعوىٰ وإن كانت حقًّا للمدَّعي، وكذلك الإنكار، وإن كان حقَّ المنكر فليسا بخالصيْن؛ لأن موجب الكلاميْن مما يتناول صاحبه، وحكم التَّناول يختلف باختلاف الدَّعوىٰ والإنكار، والنَّاس يتفاوتون في ذلك، فربما يكون في الإحالة ضررٌ من حيث التَّناول بنفس الدَّعوىٰ والإنكار أو بالحجَّة بعدهما، فإن أمر الحجج تختلف صحَّتها باختلاف الدَّعوىٰ والإنكار، فلا تصحُّ الإحالة صيانةً لحقِّ الغير، لا لحقِّه.

كمن كاتب نصيبًا له من عبدٍ لم ينفذ لحقِّ شريكه في النَّصيب[٢] الآخر؛ لأن الضَّرر يتعدَّىٰ إليه.

وكمن استأجر ثوبًا ليلبسه أو دابَّة ليركبها فآجر غيره= لم يصحَّ[٣]، وإن تصرّف فيما ملك من المنفعة؛ لأن النَّاس يتفاوتون في استيفائه[٤] في ضرر محل المنفعة، وهو ليس بملك له، فلم يجز صيانةً للمحل[٥]، حتىٰ إذا كان مما لا يتفاوت فيه كالدَّار جاز، والله أعلم.

---

[١] «أ» (أختار)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «ص» (النصف).

[٣] «ص» (لم يملك أن يؤاجر غيره).

[٤] «ص» (استيفاء المنفعة).

[٥] «ص» (لحق صاحب المحل).

[١٠٨٠] **مسألةٌ**: الوكيلان بالخصومة لكل واحد منهما أن يخاصم.

وقال زفر: لا.

لأنه[١] بابٌ يُحتاج فيه إلى الرَّأي والتَّدبير [والمشورة][٢]، كالبيع والشِّراء.

إلا أنا نقول: القاضي لا يدعهما أن يجيبا جملةً؛ لأنه يصير شغبًا، ولا أن يشاورا[٣]، فإذا لم يمكنهما استعمال الرَّأي حالَ الجواب صار كبابٍ يُستغنى فيه عن الرَّأي من الطَّلاق والعتاق.

[١٠٨١] **مسألةٌ**: الوكيل إذا ارتدَّ، ولحق بدار الحرب، وقضى القاضي بلحوقه، ثم عاد تائبًا= لم يعد وكيلًا عند أبي يوسف.

وقال محمد: يعود وكيلًا.

لأنه يحجر باللحاق بدار الحرب عن التَّصرُّف بحقِّ الأمر، فلا يبطل الأمر به كما لو وصى[٤]، وكالمودع إذا خالف، ثم عاد إلى الوفاق.

وهذا؛ لأن الردَّ صريحًا لم يوجد، وإنما وجد ما يمنعه عن التَّصرُّف، والبطلان[٥] إنما يكون من قبل فوات الفعل المأمور به، ولا فوت ما لم يمت؛ لأنه أمره به ولم يوقِّت له وقتًا.

---

[١] «ص» (لأن الخصومة).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (يتشاورا).

[٤] «ن» (كالوصي). «ص» (كما لو جن). ولعله أولى.

[٥] «أ» (فالبطلان).

ألا ترىٰ أنه لو لم يرتدَّ كان هذا الوقت الذي فيه النِّزاع وقتا للتصرّف بحقِّ الأمر.

وكأوامر الله بأفعالٍ غير موقَّتة، فإن العمر كله صالحٌ لها.

وكذلك لو أمره ببيع شيءٍ بعينه، ثم باعه الموكِّل لم ينعزل الوكيل، وإن عجز للحال، حتىٰ إذا انفسخ البيع، وعاد قديم ملكه فيه كان للوكيل أن يبيعه لهذا المعنىٰ. بخلاف ردَّة[١] الموكِّل وقضاء القاضي بلحوقه [بدار الحرب][٢]؛ لأن بقاء أمره علىٰ الصحَّة يبتنىٰ علىٰ بقاء ولاية الأمر.

ألا ترىٰ إذا جُنَّ ينعزل الوكيل؛ لأن بقاء الأمر ما لم يؤتمر[٣] به له حكم الابتداء في الصحَّة من جانب الأمر؛ لأن المقصود[٤] هو الائتمار به، ولم يحصل بعدُ.

كالهبة قبل التسليم كان لبقائها حكم الابتداء [لأن تمام المقصود بها بالتسليم، فأمَّا من جانب المأمور، فما لبقاء الأمر في حقِّه حكم الابتداء][٥]، ولا حكم الأداء؛ لأنا اعتبرنا حين الابتداء[٦] قدرة المخاطب علىٰ الفعل ليصحَّ الخطاب معه[٧]. وكذلك تعتبر عند الامتثال به القدرة الشَّرعية ليصحَّ الأداء منه، وفيما بينهما ليس في حقِّ الوكيل حكمٌ ثابتٌ يُحتاج لصحَّته إلىٰ القدرة، فإنه بقاء

[١] «أ» (يد)، «ن» (يده)، والمثبت من «ص».

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (يؤمر).

[٤] «ص» (المعقود).

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٦] «ص» (الأداء).

[٧] «ص» (إياه).

انفتاح بابٍ كان مسدودًا عليه، إن شاء دخله، وليس في بقاء الانفتاح ما يميز[١] المأمور من حكمٍ يتَّصل بقدرته.

وكان مثاله اليمين بالطَّلاق، فإن الملك يحتاج إليه حين عقد اليمين، وحين وجود الشَّرط، ولا يضرُّه الزَّوال بينهما؛ لأن الملك شرطٌ لصحَّة التَّصرُّف، وذلك حين اليمين، وعند الشَّرط، فأما بينهما فليس للإبقاء[٢] منع عن شرط الحنث، لزمه بيمينه أو اقتضاه[٣] يمينه. وهذا الحكم لا يفتقر إلىٰ ملك النِّكاح، فإنه ثبت باليمين بالله، وما هنالك[٤] ملك نكاح.

فأما في حق الموكِّل فللبقاء حكم الابتداء؛ لأن الأمر تصرّف منه، وما لم يحصل المقصود منه فله حكم الابتداء علىٰ ما قلنا: إن الشَّيء إنما يتمُّ بمقصوده فكان البقاء صحيحًا لتحصيل المقصود حقًّا له، فلا يثبت إلا بشرطه. فاحتيج إلىٰ قيام الولاية التي بها يصحُّ ابتداء هذا السَّبب[٥] منه ليبقىٰ كذلك صحيحًا منه له.

فأما أبو يوسف فإنه يقول: بالوكالة تثبت للوكيل ولاية لم تكن، وهي[٦] الولاية علىٰ الموكِّل في ماله أو ذمَّته، كما يقال: للقاضي ولاية القضاء، وللمتولِّي ولاية التَّصرُّف في الوقف، وإن كان علىٰ سبيل النِّيابة، وبالرِّدَّة واللَّحاق بدار الحرب تبطل ولاياته[٧] إذا قضىٰ القاضي به، كما[٨] تبطل بالموت حتىٰ يثبت

[١] «ص» وحاشية «أ» (يمس).
[٢] «أ» «ن» (الإبقاء)، والمثبت من «ص».
[٣] «أ» (اقتضا)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٤] «ص» (وما هنالك).
[٥] «ص» (التصرف).
[٦] «أ» «ن» (وهو)، والمثبت من «ص».
[٧] «أ» (ولايته)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٨] «ص» (ألا ترىٰ).

في ملكه أحكام الموت، وهذا من ولايته، فتبطل بالقضاء أيضا.

بخلاف الجنون، فإنه لا يبطل ولايته، فإن[١] إملاكه مُبَقًّى عليه، وكذلك سائر حقوقه، وكذلك وليُّه ينوب عنه في التَّصرُّف له وعليه، بمنزلة وكيله، وإنما عجز عن الاستيفاء بنفسه[٢]، والعجز عن الفعل لا يُبطل الأمر ما لم يقع اليأس[٣] عنه، على ما قال محمد.

❊ فإن قيل: ما في التَّوكيل تمليك ولاية، إنما هو[٤] إطلاقٌ محض حتى صحَّ تعليقه[٥] بالشروط.

❁ قلنا: إن الولاية تثبت بالإطلاق، كالعبد يؤذن له في التِّجارة فثبتت[٦] له الولاية بالإطلاق، لا بالتَّمليك، وكذلك لو أعتق[٧]، فعلمت أن الولاية قد تثبت من طريق الإطلاق، كما تثبت من طريق التَّمليك.

❊ فإن قيل: أليس ملكه ينقطع ثم يعود إذا عاد ثانيا؟ فهلا جعلتَ الولاية كذلك؟

❁ قلنا: الملك لا ينقطع، بل يقام الوارث فيه مقامه، ويبقى الملك عليه على حكم ملك الميت، على ما عرف، فإذا عاد بطلت خلافة الوارث

---

[١] «ص» (ألا ترى).

[٢] «ص» (معه).

[٣] «ص» (الناس).

[٤] «أ» «ن» (إن التوكيل ما فيها تمليك ولاية، بل هي...)، والمثبت من «ص».

[٥] «أ» «ن» (تعليقها)، والمثبت من «ص».

[٦] «أ» (فتثبت).

[٧] «ص» (أطلق).

ونيابته[١] بعود الأصل، [فعاد إليه][٢].

فأما الولاية فتنقطع، كما ينقطع الملك في أمهات أولاده، ومدبَّريه، فلا جرم لا يعود؛ لأن طريق هذا كله[٣] طريق السقوط، فلا يحتمل العود بعد تمامه.

وهذا بخلاف ما لو كان على الرَّجل قصاصٌ أو كفالةٌ بنفسٍ فارتدَّ، ثمَّ عاد= لم يبطل ما كان عليه؛ لأن القاضي يلحقه بالموتى[٤] فيما له[٥] عقوبةً، لا فيما عليه، وولايته تثبت بالوكالة [له][٦]، لا عليه، فإنه لا يلزمه بها شيءٌ، بل ينطلق عنه ضرب حجر.

فأبو يوسف جعل هذه الولاية حقًّا له، ثم أبطله بخروجه عن أهليَّة الاستحقاق، كما أبطل ملكه في أمهات أولاده.

ومحمد ما جعلها حقًّا له[٧]، وإنما اعتبرها انفتاح باب التَّصرُّف، لا غير، فالولاية هي التي كانت، وجعل حقَّه نفاذ التَّصرُّف به لا غير.

[١٠٨٢] مسألةٌ: الوكيل بقبض الدّين إذا قامت عليه البيِّنة بإبراء الموكِّل عن الدّين= سُمعت عند أبي حنيفة.

---

[١] «ص» (بنيابته).

[٢] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٣] «ص» (هلاكه).

[٤] «أ» (بالمولى)، والمثبت من حاشيتها و«ن» و«ص». وفي «ص» (لا يلحقه).

[٥] «أ» (لا)، والمثبت من «ن» «ص».

[٦] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن».

[٧] «أ» «ن» (جعالة)، والمثبت من حاشية «أ».

وعندهما: لا تسمع.

لأنه وكيلٌ باستيفاء الملك لا بالتَّمليك[١]، فلا يصير خصمًا في أصل الملك عن صاحبه، كالوكيل بقبض الوديعة والغصب.

بخلاف الوكيل بقبض الشُّفعة[٢].

[١٠٨٣] مسألةٌ[٣]: الوكيل بالخصومة يقبض الحق.

وقال زفر: لا يقبض؛ لأنه رضي بخصومته، لا بأمانته[٤].

إلا أنا نقول: نهاية الخصومة بقبض الحق؛ لأنه ما لم يقبضه يتوهم عليه الإنكار بعد ذلك، والمطل، ويحتاج إلى المرافعة ثانيا والخصومة، فلما وكله بفصلها. والفصل في القبض دخل تحته[٥] ضمنا.

[١٠٨٤] مسألةٌ: الوكيل بالبيع الفاسد يملك الصحيح عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحسانًا.

وقال محمد: لا يجوز قياسًا.

---

[١] «ص» (الملك بالتمليك).

[٢] في «ص» وحاشية «أ» زيادة (فإن المشتري لو أقام البينة على أن الموكل أبطل شفعته سمعت؛ لأنه وكله بالتمليك فصار خصما عنه في أصل الملك، ولأبي حنيفة أنه وكيل بالتملك؛ لأن العين الذي يقبضه لم يكن لموكله، وإنما يملكه بقبضه (لقبضه)، فيصير خصما عنه في أصل الملك، كالوكيل بقبض الشفعة [«ص»: في أصل الملك بالخصومة بقبض السلعة والله أعلم]).

[٣] «ص» (فصل).

[٤] «أ» (لأنه لا بأمانته)، والمثبت من «ن».

[٥] «ص» (عنه).

لأنه خلافٌ إلىٰ شرٍّ؛ لأن الفاسد يزيل الملك بخيار، والصحيح يزيله لازمًا، فكان اللزوم صفة زائدة فلا يملك إيجابه عليه بلا أمر كما لو أمره بالبيع بشرط الخيار له، فباع بلا شرط.

إلا أنا نقول: إنه خلاف إلىٰ خير، فلا يعتبر. كما إذا وكله بالبيع بألف نسأ، فباعه حالا. أو باع بألف وخمسمائة، ولا شك فيه. وإنما الإشكال في أنه خير.

فالدليل عليه: أن البيع الفاسد عندهم مزيل للملك كالصحيح إلا أنه حرام. وهذا حلال. فكان النقل عن الحرمة إلىٰ الحل زيادة إلىٰ خير كالنقل عن النسإ إلىٰ النقد. أو كان أمره بالبيع بألف زيوف فباع بألف جياد.

فأما قوله: «إن في الفاسد خيارا» فذلك الخيار ليس من موجب البيع. ولكن من موجب الفساد والحرمة فسبيل الحرام الرد في الشَّرع وإن[١] لم يكن موجب العقد لم يكن في الانتقال إلىٰ الصحيح تركا لحكم من أحكام المأمور به.

ألا ترىٰ أنه يجب عليهما الرد. ولو كان حقا لهما لما لزمهما شاءا أو أبيا. فثبت أنه حكم الفساد والحرمة. فإذا باع صحيحًا أخرجهما عن لزوم حكم الفساد والحرمة فكان خلافا إلىٰ خير في نفس الخيار من حيث المعنىٰ.

❊ فإن قيل: الفاسد لا يزيل الملك إلا بقبض. وهذا يزيل قبله فيكون خلافا.

❊ قلنا: ذلك أيضا ليس من موجب البيع، بل حكم عدم الضَّمان وعدم الضَّمان تحت فساد التَّسمية فلم يكن في الصحيح تغييرا لحكم العقد.

ألا ترىٰ أنه لو سلم المبيع أولا ثم باع فاسدا يصح. والملك يزول بنفسه.

---

[١] «ن» (وإذا).

وكذلك إذا باع العبد من قريبه بيعا فاسدا وسلم صحَّ وعتق. فكان البيع منه لازما ولو كان الخيار مقصودا لم يصحَّ ممن لم يبق معه الخيار. وإن كان حكمًا للأمر. فإن المضارب لما أمر بالشِّراء للربح وذلك في البيع بعد الشِّراء لم يملك شراء قريب رب المال الذي يعتق عليه؛ لأنه لا يمكنه بيعه، فعلم أن الخيار غير مقصود ولا تأخر الملك عن حال العقد.

بخلاف الأمر ببيع بشرط الخيار؛ لأنه حق له لا عليه، فلم يملك الإبطال عليه.

بخلاف الوكيل بالنِّكاح الفاسد، فإنه لا يملك الصحيح؛ لأن الفاسد ليس بنكاح حقيقة، بل هو نكاح تسمية.

ألا ترى أنه لو حلف: لا يتزوج، فتزوج فاسدا لم يحنث وبمثله في الشِّراء يحنث. وقد بيناه في كتاب النِّكاح.

وبخلاف ما لو أمر بطلاق البدعة لم يملك طلاق السنة؛ لأن السني يتعلَّق بوقت مخصوص، والبدعي يكون أيضا بوقت لا يكون وقت سنة، فيصير توكيلا بطلاق مضاف إلى وقت فلا يصير وكيلا في غير ذلك الوقت كما لو قال له: «طلقها يوم الخميس» لم يكن وكيلا في غيره.

|١٠٨٥| **مسألةٌ:** الوكيل لا ينعزل بخبر الواحد حتى يكون عدلا أو [يكونا][١] اثنين عند أبي حنيفة.

وقال صاحباه: ينعزل.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

وكذلك المولىٰ إذا أخبره واحد بجناية عبده، ثم باعه، هل يصير مختارا؟ فهو علىٰ هذا الاختلاف.

وجه قولهما: أنه[١] ينعزل بخبر اثنين بلا شرط عدالةٍ، فينعزل بخبر الواحد؛ قياسًا علىٰ ثبوت الوكالة.

وعلىٰ عكسه: أخبار رسول الله ﷺ لما شرط فيها[٢] العدالة، كان الواحد والاثنان سواءً.

وكذلك الرّسول لما قبلت رسالته عن اثنين بلا عدالة، فكذلك الواحد[٣].

وهذا كله؛ لأن باب الوكالة والعزل من المعاملات، وهي[٤] في وضعها أسهل وأخفُّ حكمًا من الديانات.

وكذلك النّاس[٥] في باب المعاملات ضرورة توكيلًا وعزلًا علىٰ ما يعرض لهم الحاجات، فلو شرطت العدالة في الخبر عنها لضاق علىٰ النّاس، فلم تشترط دفعًا للحرج، ولكونها أخفَّ من أمر الدِّين في وضعها.

إلا أنا نقول[٦]: إن الله تعالىٰ أمر بالتّثبُّت في نبإ الفاسق، وإذا وجب التّثبُّت لم يلزم السّامع حكم خبره[٧]؛ وهذا لأنه محتملٌ الكذب والصِّدق علىٰ السّواء،

---

[١] «أ» «ن» (لأنه).

[٢] «ص» (لقبولها).

[٣] في «ص» وحاشية «أ» (وانعزل الوكيل برسالتهما، فكذلك بالواحد).

[٤] «أ» (وهو)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٥] «ن» (للناس).

[٦] «ص» (أنه يقول).

[٧] «أ» «ن» (بالبينة في خبر الفاسق، فإذا وجد لم يلزم السامع خبره)، والمثبت من «ص».

والمحتمل لا يكون حجَّة، فإذا لم يكن حجَّة لم يلزم السَّامع حكم خبره حتىٰ يقوم دليل رجحان الصِّدق علىٰ الكذب.

دل عليه: الخبر الذي يروىٰ عن الرَّسول ﷺ، وإذا لم يلزم حكم الخبر بنفسه لم ينعزل، ولم يلزمه الحجر بالسَّماع.

وكذلك المولىٰ لا يلزمه حكم الاختيار بالتَّصرُّف، ولم ينحجر عن البيع إلا باختيار الأرش.

بخلاف الخبر بالتَّوكيل، فإنه لا تشترط فيه العدالة؛ لأن التَّوكيل إطلاقٌ علىٰ ما قلنا، وليس بإلزام[١] حكم، والإطلاق إنما يثبت بالمطلق، [لا غير][٢]، ثم تصرّفه[٣] بذلك الإطلاق، هل يصير حلالا أو لا[٤] حكم شرعي، ولا يحلّ [له][٥] ذلك حتىٰ يقع في قلبه أنه صادقٌ في ذلك [ويصدِّقه][٦]، فأما إذا كذَّبه فلا يحلُّ له التَّصرُّف.

وكذلك فيما نحن فيه إذا صدَّق المخبرَ لزمه أن لا يتصرَّف، فإن تصرَّف لم يحلَّ. إنما كلامنا فيما إذا لم يصدقه.

أو يقال: إن المعاملة أخفُّ من الدِّين وضعًا. ثم الإطلاق أخف من

---

[١] «ص» (بالتزام).

[٢] ما بين [ ] ليس في «ص» و«ن».

[٣] «أ» (تصرف)، وفي «ن» (لأنه تم تصرفه)، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (ولا).

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن».

[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الحجر[١] ؛ لأن المطلق عنه يتخيَّر[٢] فيما طلب منه ، والمحجور عليه يلزمه حكم الحجر شاء أو أبىٰ . وإذا صار الحجر فوق الإطلاق رتبةً ، ودون أحكام الدّين رتبةً .

ثم باب الإطلاق يثبت بنفس خبر المخاطب سواءٌ كان عدلا أم لَا ، بلغ عدد الشَّهادة أم لا ، والدِّين لا يثبت إلا بعدالةٍ ، بلغ عدد الشَّهادة[٣] أم لا . فقبل[٤] الحجر لا يثبت إلا بعدالة المخبر إذا كان وحده لتظهر زيادة رتبة وبيِّنة وعلىٰ الإطلاق[٥] ، ويثبت بخبر الاثنين بلا عدالةٍ ليظهر نقصان رتبته عن الدِّين .

والخبر في الأصل بخلاف الرسالة ؛ لأن الرَّسول ناقلٌ ما حُمِّل ، والمخبر منشئٌ من عند نفسه عما علم ، وهما من التَّصرُّف فيما يعاين[٦] بمنزلة رسول المهدىٰ والموهوب له ، فالرَّسول ناقلٌ إلىٰ المرسل إليه ما حَمل من الهديَّة علىٰ سبيل الأمانة ، والموهوب له إذا أهدىٰ إلىٰ غيره منشئٌ من عند نفسه بسبب مِلْك لما[٧] مَلَك .

وإذا كان الرَّسول ناقلًا لم يتعلَّق الحكم بخبره ، ولكن بكلام المرسل[٨] الذي نقله ، فلا يشترط لصحَّته كونه من أهل الخبر الذي هو حجَّة[٩] ، وهو

---

[١] «ص» (الإلزام) .

[٢] «أ» «ن» (ينجبر) ، والمثبت من «ص» .

[٣] «ص» (الشهود) .

[٤] «ص» (قيل إن) .

[٥] «ص» (ليظهر زيادة رتبته علىٰ الإطلاق) .

[٦] «أ» (يعاينه) ، والمثبت من «ن» و«ص» .

[٧] «ص» (ما) .

[٨] «ص» (الرسول) .

[٩] «ص» (حق) .

العدالة ، ولكن يشترط كونه من أهل النقل ، وهو أن يضبط ما سمع .

ولأن الإنسان يحتاج إلىٰ عزل الوكيل وهو غائب ، لو أخَّره لفاته[١] حقَّه فيما بدا له من العزل بتصرّف الوكيل ، وليس يمكنه كلَّ وقت الحضور بنفسه ، ولا يجد عدلا يرسله[٢] ، فجوز منه تحميل الرَّسول بعد أن يفهم ، ويكون من أهله سماعًا منه ، ثم الرَّسول إذا تحمَّل ذلك افترض عليه النقل[٣] ، فقبل منه دفعًا لضرورة الموكِّل والرَّسول جميعًا .

فأما المخبِر فليس عليه أداء[٤] ما عَلم ؛ لأنه لم يرسل ولم تطلب منه حاجته[٥] . وإنما ينشئه من عند نفسه بلا حاجة له إليه في نفسه ولا للموكل ؛ إذ لو احتاج لأرسله ، وطلب منه تبليغه ، وإذا عدمت الضَّرورة وجب العمل بأصل الحجَّة . وهو أن خبر الواحد لا يكون حجَّة ما لم يترجَّح دليل صدقه .

وأما أخبار الرَّسول ﷺ فإن التبليغ يلزمه بيانًا لحكم[٦] الله تعالىٰ ، ومع ذلك لا يقبل ما لم يكن عدلًا ؛ لأن لله حجَّة مع السَّامع يقع به البيان ، وهو القياس ، فلم يقبل مع الاحتمال علىٰ السَّواء لمعارضة القياس إيَّاه الذي هو حجَّة ، وليست بمحتملة[٧] .

ولأن الضَّرورة لما ارتفعت بالقياس لم يقبل المحتمل الذي وجب العمل

---

[١] «أ» (لفات) ، والمثبت من «ن» و«ص» .

[٢] «ص» زيادة (إليه) .

[٣] «ص» (تحمل يعترض عليه للأداء) .

[٤] «ص» (إذا) .

[٥] «ص» (صاحبه) .

[٦] «ص» (لأحكام) .

[٧] «ص» (وليس بمحتمل) .

به لدفع الضرورات.

وفي باب[١] المعاملات ليس مع السَّامع حجَّة إلا استصحاب[٢] الحال، فجُعل خبر الواحد أولىٰ دفعًا للضَّرورة من استصحاب الحال الذي لا يكون حجَّة إلا دافعة[٣].

ولأن الحق في الدِّين لله تعالىٰ، والله تعالىٰ إنما كلَّفه الإبلاغ بعد تقدُّم العدالة[٤]، فلم يلزمه حقًّا لله تعالىٰ قبل ذلك.

وفي مسألتنا هذه المرسل أرسله وأمره بالتبليغ وهو فاسق، فلذلك اختلفا.

وأما قول أبي يوسف ومحمد: «إن الاثنين والواحد سواء في هذا الباب» فلا، كذلك، فإن الماء إذا أُخبر الرَّجل بنجاسته وطهارته، وأحد الخبرين من اثنين، ترجَّح ذلك الجانب نجاسةً كانت أو طهارةً.

كما لو كان أحد المخبرين عدلا دون الآخر، فجعل كمال عدد الشُّهود بمنزلة العدالة في خبر الواحد.

وكذلك الشُّهود إذا اختلف المزكُّون في تعديلهم وجرحهم، وأحد الخبرين من اثنين، والآخر من واحد= يرجح خبر الاثنين علىٰ خبر الواحد.

وهذا كله لما ذكرنا: أن حكم الحجر فوق الإطلاق رتبةً، ودون باب الدِّين، فلابدَّ من التوفير علىٰ الشبهين حظَّهما، ولا سبيل إليه إلا من هذا الوجه.

---

[١] «أ» (المسألة)، «ن» (مسألة)، والمثبت من «ص».

[٢] «ن» (إلا أن يستصحاب).

[٣] «ص» (الأداء فيه).

[٤] «ص» (ألزمه الإبلاغ بعد التوبة والعدالة).

ثم الدليل على أن التَّوكيل إطلاق والعزل حجر؛ لأنه ضده، فلمَّا كان التَّوكيل إطلاقًا كان العزل حجرا لا محالة كالإذن في التِّجارة[١] والحجر، وتلك المسألة على هذا الاختلاف أيضا.

ألا ترى أن تعليق الوكالة بالشَّرط يجوز؛ لأنها إطلاق وإسقاط حجر، وتعليق العزل والحجر بالشَّرط لا يجوز. والله أعلم.

|١٠٨٦| **مسألةٌ**: الوكيل بشراء عبدٍ إذا اشتراه أعمى[٢]، أو الوكيل بالتزويج إذا زوج غير كفء[٣]؛ ذكرناها في البيوع: أن الوكيل بالبيع يملك البيع كيف شاء.

|١٠٨٧| **مسألةٌ**[٤]: وإذا زعم مدعي القذف والقصاص أن له بيِّنةً حاضرةً،

---

[١] «أ» (والتجارة)، «ص» (باب التجارة)، والمثبت من «ن».

[٢] «ص» (يملك أن يشتري عبدا أعمى عند أبي حنيفة).

[٣] «ص» (يملك أن تزويجها من غير كفء عندهما).

[٤] في «ص» وحاشية «أ» زيادة (التوكيل بإثبات القصاص وحد القذف صحيح عند أبي حنيفة، ولكن الوكيل لا يستوفي حتى يحضر الموكل.
وقال أبو يوسف: لا يصح، وهو قول محمد في الظاهر).
وفي الحاشية المقابلة زيادة هذه المسألة (مسألة: الوكيل بالبيع الفاسد إذا باع بيعا جائزا لم يجز قياسا، وهو قول محمد - رحمه الله -.
وقال أبو يوسف وأبو حنيفة (ح. أ: أبو حنيفة وأبو يوسف) - رحمهما الله -: يجوز استحسانا.
فوجه القياس أنه أمره بعقد [«ص»: وكله ببيع] غير لازم فلا يملكه لازما، لأنه فوقه [«ص»: فلا يملك بيعا لازما]، كما إذا أمره بالبيع بشرط الخيار فباع بلا خيار [«ص»: كما إذا وكله بالبيع بشرط الخيار لا يملك بيعه بلا خيار؛ وهذا لأن اللازم فوقه، فلا يدخل تحته]، ولأنه أمره بعقد=

وأراد تكفيل المدَّعىٰ عليه لم يكفِّله القاضي[١] قياسًا عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: يكلفه[٢] إلىٰ أن يأتي بالبيِّنة يومين أو ثلاثة استحسانًا.

وهو قول محمد في الظَّاهر، وذهب إلىٰ أن[٣] الواجب بالدَّعوىٰ تسليم

= لا يزيل الملك إلا بالقبض، فلا يملك بيعا يزيله بنفسه؛ لأنه فوق ما أمر، كما إذا أمره بهبة بشرط العوض، فباع بيعا. [«ص» زيادة: وإنه لا يجوز، وهذا فوق ما أمره به].

ووجه الاستحسان: أن البيع عندنا نوعان: جائز وفاسد، وكل واحد منهما مزيل للملك، لا فرق بينهما إلا من حيث الفساد، ومخالفة الفساد إلىٰ الجواز مخالفة في صفة البيع إلىٰ خير [«ص»: حين]، فلا تعتبر خلافا، كما إذا أمره بالبيع بألف فباع بألف ومائة.

بخلاف البيع بشرط الخيار؛ لأن بيع الخيار حق صاحبه، فلا يملك الوكيل بدونه، فيبطل عليه حقه، والخيار في الفساد ليس (ح. أ: وليس) بحق لصاحبه، بل عليه.

أو نقول: لا خيار له، نفرض عليه الرد،

وقوله: غير لازم، فعدم اللزوم [بشرط الخيار حق البائع، بدليل: أنه يملك إبطاله.

وههنا] (ما بين [ ] ليس في «ص») حق عليه بدليل أنه لا يملك إبطاله، وإذا كانت (ح. أ: كان) عليه في المضي [«ص»: في المعنىٰ] صار البيع من غير إيجاب هذا الحق عليه مخالفة إلىٰ خير.

[بخلاف عدم اللزوم بشرط الخيار؛ لأنه حق البائع بدليل أنه يملك إبطاله] (ما بين [ ] ليس في حاشية «أ»).

وعن الثاني أنه ضعيف، فإنه لو سلم أولا في الفاسد ثم باع، فإن الملك يقع بنفسه، [ولو باع بيعا صحيحا عندك في هذه الحالة لم يجز عندك، وكذلك] (ما بين [ ] ليس في «ص») لو باع بيعا جائزا بشرط الخيار لم يصح عندك، وهو غير لازم ولا يوجب ملكا ـ وإن قبض.

بخلاف الهبة بشرط العوض؛ لأنها تنعقد هبة عندنا، والهبة غير البيع، فصار بينهما مخالفة جنس، فلا تعتبر الخيرية جبرا [«ص»: معنىٰ]، كما لو وكل بالبيع بألف درهم، فباع بألف دينار). [في ح «أ»: والله أعلم. في بعض النسخ).

[١] «ص» (لم يكفل القاضي به).

[٢] «أ» (أكفله)، «ن» (أكله).

[٣] «ص» (وذلك أن).

النَّفس للخصومة فلم يكن من الحدِّ في شيء، فصح[١] الكفالة به كما[٢] إذا كان الدَّعوىٰ[٣] في مال، بخلاف سائر الحدود؛ فإنه لا دعوىٰ فيها، ولا يجب تسليم نفسٍ للدعوىٰ، وقبل وجوب التسليم لا يتصوَّر الكفالة به.

فأما الوكالة فللإبانة في إثبات الحد والقصاص[٤] فلم تصحَّ، كما لا تثبت بالشَّهادة علىٰ الشَّهادة.

ولأن التَّوكيل احتيالٌ للإيجاب؛ لأن بعض النَّاس ألحن [بحجَّته][٥] من البعض، وما بني علىٰ الدرء[٦] لا يشتغل بالاحتيال للإيجاب[٧]، وما في التكفيل للنفس احتيالٌ للإيجاب، فالوجوب عليه لا يكون بتسليم نفسه، بل بالخصومة وإقامة الحجَّة.

ولأبي حنيفة: ما روىٰ عمرو بن شعيب عن أبيه [عن جده][٨] عن النبي ﷺ [أنه قال][٩]: «لا كفالة في الحدود»(١٠).

[١] في حاشية «أ» (فيجب).

[٢] في حاشية «أ» زيادة (يجب).

[٣] «ص» (فتجب الكفالة بها كما تجب بالدعوىٰ).

[٤] في «ص» وحاشية «أ» زيادة (فكانت أبدالا عن الأصل لإثبات ما يسقط بالشبهة).

[٥] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٦] في حاشية «أ» (وما علىٰ الدرء يجب الاحتيال فيه للدرء).

[٧] «ص» (وما يبتنىٰ علىٰ الدرء بالشبهة يجب الاحتيال فيه للدرء).

[٨] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٩] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من حاشية «أ».

(١٠) رواه البيهقي في «السنن الصغير» (٢١٠٢)، و«السنن الكبير» (١١٤١٧)، وهو في «معجم أسامي شيوخ أبي بكر الإسماعيلي» (٤١٣/١)

ورواية البيهقي في الكبير: عن أبي أحمد بن عدي، ثنا أحمد بن محمد بن عنبسة الحمصي،=

ولأن الكفالة عقد وثيقةٍ بالواجب، فإنه متى كفل بمال ازداد الوجوب بها، وصار في ذمَّتين، وكذلك يزداد[١]، ولأنه يطالب شخصين بالتسليم، ويجتمع على المدَّعى عليه شخصان في مطالبة تسليم[٢] النَّفس. فإذا كان الواجب الذي يدعيه مما يسقط بالشُّبهة لم تصحَّ الكفالة به كما في سائر الحدود؛ لأنه يزيده وجوبًا وتوثقةً، وإنه مبنيٌّ على الدرء، وكما لا يكلفه بعد إقامة البيِّنة، بل بحبس[٣].

فأما قوله: «إنها موثق[٤] بتسليم النَّفس للخصومة دون الحد»[٥] فإن[٦] تسليم النَّفس للخصومة ليس بحقٍّ مقصود، وإنما يجب ذلك بسبب الحقِّ الذي ادَّعاه فتجب العبرة للمقصود؛ لأن الآخر[٧] لا يجب بدونه، وكما لا يمكن

= ثنا كثير بن عبيد، ثنا بقية، عن عمر الدمشقي، حدثني عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن النبي ﷺ قال: «لا كفالة في حد». قال البيهقي في السنن الصغير (٢/٣٠٦): «وهذا إسناد ضعيف». وقال في السنن الكبرى (٦/١٢٨): «تفرد به بقية عن أبي محمد عمر بن أبي عمر الكلاعي، وهو من مشايخ بقية المجهولين، ورواياته منكرة». وانظر: «التحقيق في مسائل الخلاف» (٢/٢٠٦)، و«تنقيح التحقيق لابن عبد الهادي (٤/١٤٥)، و«نصب الراية» (٤/٥٩).

والأثر روي مقطوعا عن جماعة منهم: الشعبي، وشريح، ومسروق، وإبراهيم. انظر: «مصنف عبد الرزاق» (١٣٣٧٤)، و«السنن الكبرى» للبيهقي (٦/١٢٧)، و«معرفة السنن والآثار» (٨/٢٨٧).

[١] «ص» (فكذلك ههنا).

[٢] «أ» (التسليم)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «أ» (بمجلس)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «ص» (بها توثق).

[٥] في حاشية «أ» زيادة (قلنا).

[٦] «ص» (قلنا).

[٧] «ص» (الأجرة).

[اعتبار][1] إيجاب الوضوء إلا بعد وجوب الصلاة ؛ لأنه[2] يجب شرطًا لها.

وأما الوكالة بالخصومة فإبدال للمدَّعي، والدَّعوىٰ لا وجوب معها، فلم يكن[3] الإبدال ممَّا يزيد في الواجب، فدعوىٰ الوكيل مثل دعوىٰ الأصيل، ما يجوز للوكيل أن ينشئ من قِبله ما ليس للموكِّل، ولا أن يجمع علىٰ المدَّعىٰ عليه بين دعواه ودعوىٰ الأصيل، وإنما يلزمه الخصومة[4] بدعوىٰ واحدة كما كانت.

فأما قوله: «فلعل الوكيل ألحن»، فليس بضائرٍ[5] إذا لم يكن له أن يزيد من قبل علمه[6].

فإن قال المدَّعىٰ عليه: ربما[7] يفعل ما ليس له.

قيل[8] له: إن شئت لم ترض به و[9] الكلام بعد[10] الرِّضىٰ، بخلاف الكفالة فإنها تزيد ما لم يكن علىٰ ما بيَّنَّا.

---

[1] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[2] في حاشية «أ» زيادة (لا).

[3] «أ» (يمكن)، والمثبت من «ن» و«ص».

[4] «ص» (يلزم المدعىٰ عليه بالخصومة).

[5] في حاشية «أ» (بظاهر). «ص» (بصاير).

[6] في «ص» وحاشية «أ» زيادة (وفهمه شيئا).

[7] «ص» وحاشية «أ» (فربما).

[8] «ص» وحاشية «أ» (قلنا).

[9] في حاشية «أ» زيادة (لذلك).

[10] في «ص» وحاشية «أ» زيادة (والكلام بعد رضاك، ثم الفساد لمكان الحق الواجب. بخلاف الكفالة فإنها تزيد ما لم يكن، فالكفيل يطالبه بتسليم نفسه مع المدعي معا، ويزداد للمدعي الواجب، فإنه يطالب الكفيل بالتسليم والأصيل جميعا، والله أعلم).

[١٠٨٨] **مسألةٌ**: إذا وكَّله بقبض وديعته اليوم لم ينعزل بمضي اليوم.

وقال زفر: ينعزل.

لأن الوكالة مما يتوقَّت بالوقت، كاليمين والإجارة، فتنقضي بانقضائه.

دلَّ عليه: إذا اشتركا في تجارة اليوم انقطعت بمضيِّ اليوم[١].

إلا أنا نقول: ذكر اليوم[٢] لاستعجال القبض، لا لتوقيت الأمر؛ لأن الفائدة بهذا الأمر تتمحض نفعا[٣] للآمر. والمقصود يحصل بالقبض فيحمل ذكر[٤] اليوم على ما فيه فائدته، وهو تعجيل القبض، لا ما فيه انقطاع فائدته، وهو انعزال المعين؛ لأن[٥] كلام العاقل أبدًا يُحمل على ما يليق بحاله.

ألا ترى أنه لو قال لخيَّاط: خط ثوبي هذا اليوم قميصا بدرهمٍ، فخاطه غدا استحقَّ الأجر.

ألا ترى أنه لو[٦] قال: وإن خطته غدا فلك نصف درهم، فسد الشَّرطان جميعًا عند زفر؛ لأن العقد واحد في اليومين[٧]، وفيه تسميتان مختلفتان.

ولو جعل الأول مقصورًا على اليوم لكان الثَّاني غير الأول؛ فيجوزان جميعًا، كما لو قال: «استأجرتك للخياطة اليوم بدرهم، وغدا بنصف درهم».

---

[١] «ص» زيادة (وهي وكالة).

[٢] «ص» (الوقت) في هذا الموضع والذي بعده.

[٣] «ص» (نقضا).

[٤] «أ» (ذلك)، والمثبت من «ن».

[٥] «أ» (لأنه)، والمثبت من «ن».

[٦] «أ» (إذا)، والمثبت من «ن» و«ص» وحاشية «أ».

[٧] «ص» زيادة (جميعا).

وهذا؛ لأن المقصود من هذه الإجارة خياطة القميص من جهته. وإنما يتم هذا بحمل[١] اليوم على تعجيل الخياطة دون توقيت الإجارة.

بخلاف الشَّركة؛ لأنها تتردَّد بين عين[٢] وربح، وإنما يظهر بالتجربة، فيحمل ذكر الوقت على حقيقته ليظهر له حالها في الرِّبح والعين[٣]. وإنَّما[٤] حملنا على المجاز في الباب الأول؛ لأن الفائدة تزول بالحقيقة، وتثبت بالمجاز، والله أعلم.

|١٠٨٩| مسألةٌ: مَوْلَيا الأمة المنكوحة إذا شهدا بالطَّلاق، والأمة والزَّوج ينكران، قبلت [شهادتهما][٥] عند أبي يوسف.

ولا تقبل عند محمد.

لأنهما شهدا لأنفسها[٦]؛ لأن المستحَقَّ بالنِّكاح حقُّهما.

ألا ترى أن البدل كان لهما، فكذلك العائد بالقطع يكون حقَّهما. وكانا في هذه المنزلة بمنزلة[٧] المرأة بعينها[٨] شهدت لنفسها مع أخرى[٩].

---

[١] «ص» (عمل).

[٢] «أ» «ن» (عين)، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» «ن» (العين)، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» (وإن)، «ن» (وإنا)، والمثبت من «ص».

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٦] «أ» (لأنفسهما).

[٧] «أ» (منزلة).

[٨] «ص» (نفسها).

[٩] «ص» (تشهد بطلاقها مع رجل).

ولأبي يوسف: أن حكم الطَّلاق يثبت حقا لله تعالىٰ، لا حقَّ لأحد فيه.

بدلالة: أن الشَّهادة عليه تقبل من غير خصمٍ، ولو كان الطَّلاق موجبًا حقًّا للمولىٰ لم يقبل إلا بدعوىٰ.

وهذا؛ لأن حكم الطَّلاق حرمة المتعة علىٰ الزَّوج إذا تم، وهي خالص حق الله تعالىٰ، حتىٰ أن من هتكها بالزنا لزمه الحد حقا لله تعالىٰ[١]. وإنما حق المولىٰ يعود إليه حكمًا بزوال النِّكاح، لا أن يكون حكمًا للطلاق، علىٰ ما ذكرنا في غير موضع: أن الطَّلاق إسقاط لملك[٢] المتعة[٣]. ثم الحق يعود إلىٰ المرأة بحكم زوال الملك لا بسبب جديد[٤].

وإذا كان كذلك صار الحكم المشهود به حقا لله تعالىٰ، وصار مولىٰ الأمة والأجنبي سواءً، ولم يمتنع من جهة أن يجب ثبوت الحرمة عود ملكه؛ لأنه ثبت حكمًا لا قصدًا.

كما إذا شهد رجلان لغريمهما، وهو مفلس بدينِ ألفِ درهمٍ علىٰ رجل= فإنه يقبل، ويجب[٥] ذلك وصول إلىٰ دينهما[٦].

وكذلك إذا شهدا بالقصاص علىٰ رجل بزناية قبلت، ويجب[٧] القتل

[١] «ص» زيادة (خالصا).

[٢] في حاشية «أ» (محض).

[٣] «ص» (إسقاط محض للملك بالتحريم).

[٤] «ص» (ثم ما يعود إلىٰ المرأة أو المولىٰ فبحكم زوال ملك الزوج، لا بإيجابه).

[٥] كذا في الأصول، ولعلها: (يوجب).

[٦] «ص» (حقهما).

[٧] كذا في «أ» و«ن»، ولعلها: (يوجب).

إرثهما[١] إياه ؛ لأنه ثبت حكمًا لثبوت المشهود به ، والمشهود به خالص للمشهود له ، لا حقَّ لهما فيه بوجه.

وبخلاف المرأة إذا شهدت بطلاقها مع آخر ؛ لأنها هي التي تصير فارغة عمًّا للزوج عليها من ملكِ متعةٍ وحبسٍ. والفراغ حقُّها فتصير كالعبد يشهد لنفسه بالإعتاق ، فأما المولىٰ فليس يُثبت لنفسه بالطَّلاق شيئًا يضاف إليه ، والله أعلم.

|١٠٩٠| **مسألةٌ:** لا يصحُّ عزل الوكيل ما لم يعلم به.

وقال **الشَّافعي:** يصح(٢).

لأن الحق بالوكالة يثبت للموكل علىٰ التمحض ؛ لأنه يعمل له فلا يشترط لصحَّة إبطاله علم غيره.

إلا أنا نقول: فيه إلزام حجر علىٰ الوكيل فلا يلزمه بلا علمٍ ، كما في أوامر الله ﷻ.

والمسألة مرَّت في البيوع في المشروط له الخيار إذا فسخ بغير محضر من الآخر[٣].

ولأن في تصحيح العزل قبل العلم غرورا ، والغرور محظور شرعًا ، غير مأمور.

وإنما قلنا: إن فيه[٤] غرورا لأن بالأمر أطلق له التَّصرُّف علىٰ وجهٍ تكون

---

[١] «أ» (إرتهما) ، ولم تضبط بالنقط في «ن» و«ص» ، وأقرب قراءة لما فيها: إرثهما.

(٢) انظر: «نهاية المطلب في دراية المذهب» (٣٦/٧) ، و«بحر المذهب» للروياني (٣٦/٦).

[٣] «أ» «ن» (محضر الأجر) ، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (ودليل أنه).

عهدته على الآمر، وبالعزل تصير العهدة على الوكيل، فيكون[١] غارًّا بالأمر برفع السلامة التي شرطها له.

كمن قال لآخر: سافر من هذا الطريق فإنه آمن، ثم سلط عليه لصوصا، كان الكلام الأول غرورًا منه، وليس الغرور إلا فيما تأمير[٢] أمر ليس على ذلك.

ولهذا لا[٣] يلزمنا حكم نسخ الله تعالى أمره ما لم يشتهر كيلا يكون غرورا من الله.

وكذلك ولد من استولد جارية اشتراها أو وهبت له حر بحكم الغرور، وإن كان مختارا فيما استولد؛ لأنه استولد على ما قيل له.

❁ **فإن قيل:** أليس رمي الصيد[٤] مباحا، ويضمن إذا أخطأت رميته[٥] خطأ، ولا يكون هذا غرورا من الشَّرع؟

❁ **قلنا:** أباح الشَّرع [الرمي إلى الصيد][٦] بشرط أن لا يصيب حقًّا محترمًا، فلم يصر غرورًا. بل هذا اغتر حين[٧] تحمل الخطر.

وههنا الآمر أباح له بيعه على أن الحرمة سقطت بالأمر. والله أعلم.

تم كتاب الوكالة.

---

[١] «ن» «ص» (فيصير).

[٢] «أ» «ن» (يحيل)، والمثبت من «ص».

[٣] «ن» (لم).

[٤] «أ» «ن» (الرمي لصيد)، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (أصاب شاة).

[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٧] «ص» (حتى).

كتاب القسمة[1]

[بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ][2]

قال [أبو زيد - رحمه الله -][3]: بنوْا مسائل القسمة على أصلٍ، وهو: أن القسمة إفراز لعين الحق لغةً وشرعًا.

أما اللغة: فلأنها لا تطلق على ابتداء التَّمليكات، إنما تطلق على تعيين الشَّائع.

وأما الشَّرع: فلأن القسمة لا تجب شرعًا إلا فيما يقبل الإفراز على حسب ما يثبت[4] الحق على الشُّيوع، حتى أن ما لا يحتمل الإفراز كالدابَّة والعبد لا يجب قسمتها.

والأجناس المختلفة لا تقسم جميعًا من حيث يُجمع نصيب كلٍّ واحدٍ في جنسٍ على حدةٍ؛ لأن الحق [يقع][5] حينئذ مقسومًا، لا يكون على ما كان ثبت شائعا؛ لأنه متى اجتمع نصيبه في جنس فاتته منفعة الجنس الآخر، فكان قبل الإفراز له من كل منفعة نصيب.

وكذلك الحمَّام لا تجب قسمته؛ لأن المنفعة القائمة قبل القسمة تفوت

---

[1] وقع كتاب القسمة في «ص» بعد كتاب الشركة.

[2] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن».

[3] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

[4] «ص» (يثبت له).

[5] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

بالقسمة ، فلم تكن القسمة إفرازًا للحق الشَّائع ، حيث تضمَّن فوات تلك المنفعة ، فلم تجب.

ولأن القاضي يجبر الممتنع على القسمة ، والقاضي إنما نصِّب لإبقاء الحقوق على ما وقعت الدَّعوى بها ، لا لإثبات التَّصرُّف بين المتخاصمين من غير دعوى ، وطالب القسمة إنما يطلب إفراز حقِّه الثَّابت له ، لا مبادلةً مبتدأةً ، فالقاضي حيث يقضي يقضي بالإفراز أيضًا من غير أن يثبت بين النَّصيبين معنى المعاوض[١] ، إلا أنه لا يمكنه الإفراز إلا بجمع كل نصيب في مكان ، فيجمع[٢] ، ويقيم الآخر مقامه كأنه هو ، لا على سبيل المعاوضة.

[كما تقول[٣] في ضمان الغصوب والقروض: إنه يجب على سبيل أنه عين الواجب ، كأنه هو ، لا أن يكون عوضا عن المغصوب ؛ لأنهما لم يطلبا المعاوضة من القاضي ، وإنما طالبه المغصوب منه بالخروج عن الحقِّ عينه ، إلا أن الخروج عنه بعد فوات العين متعذر إلا بإقامة البدل مقامه ، كأنه هو ، فجعل كذلك ، على ما شرحنا في كتاب الغصب][٤].

ولهذا لم تجب الشُّفعة في القسمة ؛ لأنه استيفاء لعين الحق. ولهذا اختص محله بالشَّائع المتفرق أجزاؤه ليجمعها. فإذا ثبت هذا الأصل خرج المسائل عليه:

---

[١] «أ» (المعاوضة).

[٢] «ص» (فيخرج).

[٣] في حاشية «أ» (ثم).

[٤] ما بين [ ] ليس في «ص» ، ووقع فيها ـ بدل هذه العبارة ـ (كما تقول في القرض: إنه ليس بمبادلة ، إنما هو إعارة ، والمثل الذي يرده في الثاني قائم مقام العين كأنه هو ، على ما ذكرناه في موضعه في كتاب الصرف).

|١٠٩١| **مسألةٌ**: قال أبو حنيفة: أجرة القسام على اعتبار عدد الرؤوس.

وقالا والمخالف[١]: على قدر الأنصباء(٢) استحسانًا؛ لأن الخراج بالضَّمان، وخراج هذه القسمة ومنفعتها متفاوتة بتفاوت الأنصباء، فكذلك الضَّمان الواجب بسببها[٣].

دلَّ عليه: إذا استأجروا[٤] رجلًا لبناء جدارٍ بينهم، أو تطيين سطح بينهم، أو كيل حنطة بينهم؛ فإن الأجرة[٥] تجب على التَّفاوت، لتفاوت المنفعة لهم بذلك العمل.

ألا ترى أن القسام يحتاج إلى الحساب للقسمة، والحساب يتفاوت مقداره بتفاوت النُّصُب[٦]، فإذا تفاوت العمل المعقود عليه عقد[٧] الإجارة بتفاوت النُّصُب، فكذلك البدل المقابل به.

إلا أنا نقول: العمل المعقود عليه[٨] هو القسمة، والقسمة إفرازٌ على ما قلنا.

وذلك إنما يكون بحبل يمده بين النَّصيبين، فيحتاج إلى العمل للنصيبين على السَّواء، وقطُّ لا يتصوَّر إفراز القليل عن الكثير إلا بما ينفرز الكثير عنه.

---

[١] «ص» (وقال: أبو يوسف ومحمد والشافعي - ﷺ -).

(٢) انظر: «مختصر المزني» (٨/٤٠٩)، و«نهاية المطلب في دراية المذهب» (١٨/٥٤١).

[٣] «أ» «ن» (تشبيها)، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» (استأجر)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٥] «ص» (فالحنطة).

[٦] «أ» «ن» (النصيب)، والمثبت من «ص» في هذا الموضع والذي بعده.

[٧] «أ» (عند)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٨] في «ص» حاشية «أ» زيادة (عقد الإجارة).

فأما الحساب فيحتاج إليه ليمكنه القسمة، لا أن يكون قسمة بنفسه، كما يحتاج إلىٰ آلاتٍ لكلِّ عملٍ ليعمل[١] بها، لا[٢] أن تكون الآلة[٣] معقودا عليها، علىٰ أن معرفة حساب النَّصيب[٤] الكثير محتاج إليه لإفراز النَّصيب القليل منه، كما يحتاج لإفراز الكثير، فكان العمل من حيث الحساب واقعًا للجملة.

بخلاف تطيين السطح وبناء الجدار؛ لأن الأجرة ثَم مقابل[٥] بالبناء والتطيين، ونفس ذلك الفعل[٦] يتقدَّر بقدر المكان.

ألا ترىٰ أن ما يحصل بعمله من البناء والطين المبسوط يكون[٧] بينهما[٨] أثلاثا، فكذلك بدله.

فأما المقسوم أثلاثا ههنا فلم يحصل بعمله ليقابله البدل، إنما حصل الإفراز لا غير، فأما هذا فكان من قَبْلُ ثابتًا.

وأما إذا استأجر رجلًا ليكيل حنطةً بينهما للقسمة، فهو علىٰ هذا الاختلاف؛ لأن القليل إنما ينفرز عن الكثير بالذي ينفرز الكثير عنه، فكان العمل في كل نصيب شرطًا لإفراز الآخر عنه، كالحساب في الفصل الأول، فلم يظهر التَّفاوت.

وأما إذا استأجرا ليكيل ذلك لا للقسمة فحينئذ يكون علىٰ التفاضل؛ لأن

---

[١] «أ» (نعمل)، «ن» (يعمل)، والمثبت من «ن».

[٢] «ص» (إلا).

[٣] في حاشية «أ» (مقصودة بنفسها).

[٤] «أ» (النصيبين)، والمثبت من «ن».

[٥] «ص» (هناك مقابلة).

[٦] «ص» (ويعتبر ذلك العمل).

[٧] «أ» (فيكون)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٨] «ص» (بينهم).

الأجر يُستحقّ بإزاء فعل الكيل من غير اعتبار إفراز، وفعل الكيل يتقدر بقدر المكيل، فيتفاوت البدل أيضا، والله أعلم.

[١٠٩٢] **مسألةٌ**: دار بين قوم أقروا عند القاضي: «أنها دار أبينا مات وتركها ميراثا [لنا][١]» وطلبوا القسمة[٢] = لم يقسمها القاضي حتىٰ يقيموا البيِّنة علىٰ ذلك عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: يقسمها، ويشهد أنه قسم بإقرارهم[٣]؛ لأن القول قولهم؛ لأنها[٤] في أيديهم، ولا منازع.

وإذا كان كذلك ثبت ما قالوا، فوجبت القسمة، كما لو أقاموا البيِّنة.

أو كان شيئًا منقولا والمسألة بحالها.

أو قالوا: «إنها دارنا، اشتريناها من فلان»، وطلبوا القسمة قسمت بينهم.

ألا ترىٰ أنها تقسم بعد البيِّنة، ولا فائدة فيها؛ لأنه ليس ههنا من ينكرها، ولأنهم لو قسموها بأنفسهم[٥] لم يتعرَّض القاضي لهم. فثبت أنهم مصدَّقون بما قالوا.

إلا أنه يقول[٦]: «قد ثبت أن القسمة إفرازٌ، فلا يمكن أن يعتبر إفرازًا لقديم

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٢] «ص» (قسمتها بينهم).
[٣] «أ» «ن» (وقالا: قسمها، وأشهد أني قسمت بإفرازهم)، والمثبت من «ص».
[٤] «ص» (فيما).
[٥] في حاشية «أ» (جاز).
[٦] «ص» (ولأبي حنيفة أنه).

الملك[١] ؛ لأنه للميت ولا شيوع[٢] فيه[٣] ، وإنما يمكن الإفراز علىٰ اعتبار حكم لا يمكن تنفيذه علىٰ الملك القديم ، فتصير القسمة تصرُّفًا علىٰ الميت .

ألا ترىٰ أن التَّركة[٤] قبل القسمة إذا ازدادت صارت الزيادة بينهم ، وإذا ازدادت بعد القسمة لم تكن تركة ، بل خلصت[٥] حقًّا للذي وقع في نصيبه ، فثبت أن حكم ملك الميِّت ينقطع بصحَّة القسمة في حقِّ ما بينهم ، فتصير تصرُّفًا علىٰ الميِّت من هذا الوجه ، وهم غير مصدقين علىٰ المورِّث أنه ميت ؛ لأنهم مدعون لأنفسهم ، فلم يجب علىٰ القاضي الإجابة ، والشَّرط لم يثبت بعدُ ، وهو الموت .

بخلاف ما إذا كان منقولًا ؛ لأن المنقول يعرض للتَّوىٰ[٦] والتَّلف ، فكانت قسمةً[٧] بينهم للتحصين ، وشرط ولاية التحصين قد ثبت للقاضي ، وهو غيبة من ينسب إليه الملك ميتًا كان ، أو لم يكن .

فأما العقار فمحصَّن بنفسه ، فتلك القسمة لا تجب علىٰ القاضي للتحصين ، فلو وجبت لوجبت للاستحقاق وقطع[٨] حق الميت ، علىٰ ما بيَّنَّا ، فلم يجب

---

[١] «ص» (إفراز الملك) .

[٢] «ص» (شرع) .

[٣] في «ص» وحاشية «أ» زيادة (وإنما يجب [«ص»: يمكن] الإفراز علىٰ اعتبار الملك الحادث لهم بالإرث ، فثبت أنه لو وجب الإفراز لوجب باعتبار ملكهم الحادث ، ولم يجز أن يجب ؛ لأن حكم الملك الأول ينقطع بها ضرورة اعتبار حكم لا يمكن إلخ) .

[٤] «أ» «ن» (الشركة) ، والمثبت من «ص» وحاشية «أ» .

[٥] «ص» (حصلت) .

[٦] «أ» «ن» (التوىٰ) ، والمثبت من «ص» .

[٧] «ص» (قسمته) .

[٨] «ص» (في قطع) .

لعدم شرطه، وهو الموت.

وسبيله سبيل ما نقول بأن القاضي يتصرّف في مال الغائب من حيث التحصين، كالنَّفقة، والبيع إذا خاف[١] الهلاك. ولا يبيع العقار البتَّة.

وبخلاف ما إذا أقاموا البيِّنة؛ لأنهم يدَّعون استحقاقًا علىٰ الميِّت علىٰ ما بيَّنَّا، فيصير بعضهم مدَّعيًا، والبعض خصمًا عنه. وإن كان مقرًّا لبطلان[٢] إقراره علىٰ الميت، فسمع عليه البيِّنة؛ لأن كل واحد منهم خصمٌ عن الميِّت فيما يستحقّ للميت[٣] وعليه.

كما تقول في الوصي إذا ادُّعي عليه دين، فأقرَّ به= لم يصحَّ إقراره، ومتىٰ قامت عليه البيِّنة سمعت، أو القاضي بنفسه يصير خصمًا؛ لأن الإجابة تتوجَّه عليه.

هذا كالرَّجل يقول للقاضي: «إني التقطت[٤] هذا اللقيط فاقض له[٥] بالنَّفقة» أو «هذه دابَّة فلان عندي وديعة فاقض لها بالنَّفقة» لم يجب علىٰ القاضي الإجابة له حتىٰ يقيم البيِّنة علىٰ ذلك، وإذا أقام البيِّنة أجابه إلىٰ ذلك[٦].

وبخلاف ما إذا زعموا أنها مشتراة لهم[٧]؛ لأنهم لا يطلبون من القاضي

[١] «أ» (خالف)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٢] «ص» (بعد البطلان).
[٣] «أ» (عن الميت)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٤] «أ» (انقطعت)، والمثبت من «ن»، و«ص»، وحاشية «أ».
[٥] «ص» (لي).
[٦] «أ» «ن» (وإذا أقام أجاب له)، والمثبت من «ص».
[٧] «ص» (اشتروها).

استحقاقًا على غيرهم بالقسمة؛ لأنها مستحقّة على البائع قبل القسمة وبعدها، وفي الأحوال كلِّها يكون حكم ملك البائع منقطعا عنه بنفس البيع.

فأما ههنا فلا ينقطع بالموت حكم ملكه؛ لأنهم يخلفونه في الملك عنه، لا أن يملكوا ابتداءً، وإنما يبطل حكم ملكه ضرورة تصرّف لا يمكن تنفيذه وتصحيحه على الملك الأول، فيجعل حينئذ كملك مبتدإٍ في حقِّه.

ألا ترى أن أحد الورثة إذا كان غائبًا وأقاموا البيِّنة، قسمت الدَّار بينهم، وعزل نصيب الغائب؛ لأنهم ادَّعوا الاستحقاق على الميت، فكان كلُّ واحد منهما خصما عن الكلِّ.

وفي الدَّار المشتراة إذا كان أحدهم غائبًا لم يقسمها؛ لأنهم يستحقّون عليه[١] وهو غائب، والحاضرون ليسوا بخصم عنه، إلا[٢] أن القاضي لا يمنعهم عن القسمة؛ لأن كذبهم لم يظهر له ليمنعهم. ولكن من حيث لم يثبت صدقهم بدليل لم تلزمه الإجابة.

وسبيله سبيل رجل جاء إلى القاضي فقال: «هذه الألف وديعة لفلان، ولي عليه ألف، فاجعلها بالألف» لم يجعل [له][٣]؛ لأنه لم يظهر له صدقة، ولو جعلها هو بنفسه بالدَّين لم يمنعه؛ لأن الكذب لم يظهر.

وهذا؛ لأن كل عدلٍ صادقٌ في خبره بناءً على [أن][٤] أصل العقل يمنع

[١] «ص» (عنه).

[٢] «ص» (ألا ترى).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن».

الكذب[١] ، فلما ثبت الصِّدق بناءً على أصل ثابت فيه ، لا لدليلٍ قائمٍ للحال كان حجَّة في الدفع عن نفسه ، فلا يتعرض له القاضي ، ولم يكن حجَّة في إلزام القاضي ، ولا غيره ، إجراءً على الأصل الكبير الذي بيناه[٢] في باب الطرد من كتاب الهداية[٣] .

وعلى هذا يخرج مسائل المفقود ، وكثير من مسائل الفقه .

❁ فإن قيل : إن الورثة بعد القسمة يخلفون الميِّت في ملك التركة ، لا أن[٤] يملكوا[٥] على سبيل الابتداء ، حتى أن أحدهم لو وجد بعين جعل له عيبًا[٦] ردَّه على بائع الميت .

❁ قلنا : نعم ، [هو][٧] كذلك في الحقيقة ، ولكن في حق ما بينهم يجعل ملكًا مبتدأً ؛ لأنه إنما قطع الأول ضرورة تنفيذ حكم لم يمكن تنفيذه[٨] بناءً على الملك القديم ، وهذه الضَّرورة[٩] في حقٍّ ما بينهم وبين الميت ، حيث لم يكن على الشَّركة . والآن صارت على الشَّركة ، فأما في حقٍّ غيرهم فلا ، فلذلك[١٠] بقي حكم قديم الملك في حقِّ غيرهم .

---

[١] «ص» (على أن الأصل أن الدين والعقل يمنعانه عن الكذب) .

[٢] في حاشية «أ» زيادة (في أصول الفقه) .

[٣] «ص» (من كتاب تقويم أصول الفقه) .

[٤] «أ» (إلا أن) ، والمثبت من «ن» و«ص» .

[٥] في حاشية «أ» (يحلفوا) .

[٦] «ص» (إذا تعين له عيب) .

[٧] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» .

[٨] «أ» «ن» (تنفيذ حكمه لم يكن تنفيذها) ، والمثبت من «ص» .

[٩] «ص» (الطريقة) .

[١٠] «أ» «ن» (فكذلك) ، والمثبت من «ص» .

ألا ترىٰ أن الدَّار إذا بيعت أو مال من الأموال بغير رضى[١] المالك، فمات المالك، فأجاز الوارث= لم يجز، وإن خلفه في قديم الملك.

ولم يجعل كالصبي يبلغ فيخير ما توقّف علىٰ حال صغره، بل اعتبر بملكٍ حادثٍ، كأن المالك ملكه من إنسان آخر.

وبمثله لو كانت أمة زوَّجها فضولي ثم مات المولىٰ، وهي لا تحلُّ للوارث= ملَك الإجازة، ولم يعتبر بملك حادث، بل اعتبر بالميت[٢] كأنه حيٌّ بعدُ؛ لأن زوال التوقُّف ليس بردٍّ صريح من المالك، ولكن ضمنًا لحدوث الملك للوارث فيما انعقد عليه العقد، وتوقّف له، فيقدَّر بقدره، فقيل: بأن الأمة إن كانت تحلُّ له بطل التوقّف، وكذلك سائر التَّصرُّفات؛ لأن المالك[٣] ملَك عينَ ما انعقد العقد عليه مِن مِلك المتعة بها أو رقبة الأموال، وإذا كانت لا تحلُّ له فما ملَك الوارثُ معنىٰ المتعة بها، فلم يَرِد[٤] التوقُّف، فكذلك هذا.

ولهذا قال محمد[٥] فيمن قاسم شريكه، والشَّريك غائب، وقبِل عنه أجنبيٌّ، فمات قبل الإجازة، فأجاز الوارث= إنها لا تجوز قياسًا؛ لأنه حدث [للوارث][٦] الملك فيما انعقد عليه القسمة من إفراز النَّصيب الشَّائع الذي كان بينهما، فأوجب[٧] نقض[٨] ذلك التوقُّف علىٰ ما مرَّ.

---

[١] «ص» (بيع بشرط رضىٰ المالك).
[٢] «ص» (بالمالك).
[٣] «ص» (الوارث).
[٤] «ن» (يريد).
[٥] «ص» (مالك - رحمه الله -).
[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٧] «ص» (نقض).
[٨] «أ» (بعض)، والمثبت من «ن» و«ص».

وقال أبو يوسف: يجوز [استحسانًا ؛ لأنها لو تجز][1] احتاج القاضي إلىٰ إعادتها ثانيًا ، فلا يفيد عدم الجواز [شيئًا ، والله أعلم][2].

[١٠٩٣] مسألةٌ: قال أبو حنيفة: لا تقسم الدور جمعًا إلا بالتراضي.

وقال صاحباه: إن شاء القاضي جمع نصيب كل رجل في دار ، وإن شاء قسم كل دار علىٰ حدةٍ.

لأنها جنسٌ واحد في الحقيقة ، وفي المعنىٰ أجناس مختلفةٌ ، لما فيها من اختلاف المنافع ، فإذا تقابل المعنيان[3] قيل للقاضي: مِل إلىٰ أقربهما من الصَّلاح[4] واعمل به.

ولأبي حنيفة ما ذكرنا أن القسمة إفراز ، وإنما يكون إفرازًا إذا بقيت المنفعة الأولىٰ علىٰ ما ذكرنا علىٰ ما كانت[5]. ثم المنافع من الأجناس المختلفة مختلفةٌ فلم تقسم جمعا ؛ لأن الأنصباء متىٰ جُمعت في جنسٍ فاتته[6] منافع سائر الأجناس ، فامتنعت القسمة لفوات معنىٰ المنفعة ، لا لأنها أجناس مختلفة.

ألا ترىٰ أن الحمام لا يقسم ولا يجمع نصيب كل واحد في بيت ، والجنس واحدٌ ، لفوات المنفعة.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» ، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (الوجهان).

[٤] «ص» (الطباع).

[٥] في حاشية «أ» (قبل القسمة).

[٦] «أ» (فائتة) ، والمثبت من «ن» و«ص».

وهذا المعنىٰ بعينه في الدور موجود؛ لأن منافعها تختلف في أصل العرف[١]، إذ ربَّ دارٍ تصلح للخزانة[٢]، وربَّ دار تصلح للتفرج والتنزه، لا لصيانة الأموال، وربَّ دار تصلح للأمرين جميعًا، وربَّ دار يُرغب فيها لأنها خطة[٣] الآباء، أو لجوار الصُّلحاء، [وربَّ دار يُزهد فيها لمعنىٰ الجيران][٤]، وهذه معان مقصودة.

ألا ترىٰ أن القيم تتفاوت لأجلها مع اتفاقها في الصنعة[٥] والمساحة[٦].

ولهذا قيل: إن من استودَع رجلًا وديعةً ليحفظها[٧] في دارٍ بعينها، فحفظها في دارٍ أخرىٰ فضاعت= ضمنها؛ لأنها تختلف في العرف والعادة في هذا المعنىٰ، فصار الشَّرط مفيدًا[٨].

وإذا وكَّل رجلا بشراء دارٍ لم يصحَّ ما لم يبيِّن الثَّمن، كما لو وكَّله بشراء ثوب.

وإذا كان كذلك لم تقسم جمعا إلا بالتراضي، كالأجناس، لقيام العلَّة فيها ههنا.

دلَّ عليه: أن الثياب جعلت أجناسًا حكمًا، وهي في الحقيقة ثيابٌ، وجنس، لَمَّا أن المعاني مختلفةٌ من الثياب، فألحقت بالأجناس المختلفة حكمًا.

---

[١] «ص» (الوضع).

[٢] «ص» (للحرائة).

[٣] «أ» «ن» (حطه)، والمثبت من «ص».

[٤] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٥] في حاشية «أ» (المنفعة). وفي «أ» (الصيغة)، ولم تضبط بالنقط في «ن»، والمثبت من «ص».

[٦] «أ» «ن» (والساحة)، والمثبت من «ص».

[٧] «أ» «ن» (من استودع ليحفظه)، والمثبت من «ص».

[٨] «أ» «ن» (مفسدا)، «ص» (مقيدا)، ويحتمل أن تكون: مفيدا. وهو الأولىٰ بدلالة ما سيأتي.

وكذلك الذكران والإناث من بنى آدم جعلوا جنسين مختلفين لاختلاف المعاني المقصودة منهما، ومن غير بني آدم هما جنس واحد لاتفاق المعنى المقصود منها في الأصل، فثبت أن العبرة للمعنى[١].

وإذا كان كذلك جاء من هذا أن الدُّور أجناسٌ مختلفة في الحكم وإن اتّفق في الاسم[٢]، بخلاف البيوت من دار واحدة؛ لأن المقصود بها يتَّفق في العادة، وإنما تتفاوت القيمة بتفاوت الصنعة.

ألا ترى أن رب المال[٣] إذا أمره بحفظ الوديعة في بيت بعينه من الدَّار، فحفظها[٤] في بيت آخر [من تلك الدَّار][٥] = لم يضمن؛ لأنها تتَّفق حرزًا في الغالب، فلم يكن الشَّرط مفيدا[٦] بناءً على العادة، فلم يضمن حتى يثبت[٧] خلافه.

وأما المنازل وإن كانت متَّصلة فحكمُها حكمُ البيوت[٨]؛ لأن الدَّار الواحدة تشتمل على منازل، كما تشتمل على البيوت، وإن كانت متباينةً فحكمها حكم الدور؛ لأن المنزل يُبنى للسُّكنى مقصودًا في العادة كالدَّار، فصارت منزلة[٩]

[١] «ص» (بالمعاني).
[٢] «ص» (وإن اختلف الاسم).
[٣] «ص» (صاحب الوديعة).
[٤] «أ» «ن» (بعينه فحفظه)، والمثبت من «ص».
[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٦] «ص» (مقيدا).
[٧] «أ» (ثبت).
[٨] «ن» (الثبوت).
[٩] «ص» (فصار حال).

المنزل بين الدَّار والبيت، فاعتبرت بالبيوت إذا اتَّصلت، وبالدُّور إذا اختلفت، ولم يعتبر الاتِّصال في الدور لما كانت في نفسها مختلفةً في أصل الوضع.

وعلىٰ هذا قال أبو حنيفة ـ ﷺ ـ: لا يقسم الرقيق جمعا.

وقالا[١]: يقسمون جمعًا إن رأىٰ القاضي [ذلك][٢] خيرا؛ لأنهم جنس واحد حقيقةً وحكمًا، كالثياب المروي والخيل[٣].

ألا ترىٰ إذا تزوج امرأةً علىٰ عبدٍ صحَّت التَّسمية، ولو كانت الجهالة جهالةَ جنس لَمَا صحَّت، كما إذا تزوَّح امرأةً علىٰ ثوبٍ أو حيوانٍ.

ولأنه لو جُمع إلىٰ الرقيق شيءٌ آخر قسمت جمعًا، فلو لم يكن محتملا للقسمة بالجمع في نفسها لما احتملها[٤] بانضمام جنسٍ آخر إليها؛ لأن انضمام جنسٍ آخر [غير][٥] مانعٌ[٦] لقسمةِ الجمع في نفسها.

ولأبي حنيفة: أن العبيد جنسٌ واحد حقيقةً، ومن حيث المعنىٰ أجناسٌ [مختلفة][٧]؛ لأن المعاني المبتغاة من منافعها تتفاوت فيهم كما تتفاوت في الأجناس؛ لأن من العبيد من يصلح للأمانة، ومنهم من يصلح للتِّجارة، ومنهم من يصلح للفروسيَّة والخياطة والكتابة.

---

[١] «ص» (وقالوا).

[٢] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

[٣] «ص» (الهروية والجبلية).

[٤] «ص» (فلو لم تكن مختلفة لقسمة الجمع لما احتملها).

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٦] «ص» (غير مانع).

[٧] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

فمتىٰ جمع نصيب كل واحد منهم في واحدٍ فاتته سائر المنافع، فلم يكن ذلك قسمةً وإفرازًا، فلم تصر مستحقّة، كقسمة الحمام، والأجناس المختلفة، علىٰ ما مرَّ.

ألا ترىٰ أن العبيد تختلف قيمهم بعد الاتّفاق في الصورة لهذه المعاني، وكذلك الخلق مبتغىٰ، وهم يتفاوتون فيه تفاوتا فاحشا[١].

دلَّ عليه: أنه إذا وكَّل رجلًا بشراء عبدٍ لم يصحَّ ما لم يبيِّن الثَّمن، وجهالة النوع لا تمنع صحَّة الوكالة.

وقال أصحابنا جميعًا فيمن دفع إلىٰ آخر ألف درهمٍ مضاربةً، فاشترىٰ المضارب بها عبدين كل واحد [منهما][٢] يساوي ألفا= إن عتق المضارب لا ينفذ. ولو كان تجب القسمة جمعا لصار الربع من كل عبدٍ للمضارب، فكان ينفذ عتقه، كما إذا كان عبدًا واحدًا قيمته ألفان.

وكذلك لا تلزمه الزَّكاة في نصيبه، ولو اعتبر جنساً واحدًا لوجب، كما إذا اشترىٰ أغنامًا تساوي ألفين، فإن الزَّكاة تلزم نصيبه.

فحيث قالوا بأنه لا يملك شيئًا من العبدين، تبين[٣] أنه يعتبر كل عبدٍ[٤] علىٰ حدة، كأنه ليس معه غيره في حق إثبات الشَّركة بينهما، وعند ذلك لا يفضل شيءٌ من العبد عن رأس المال[٥]، فلم يثبت له ملك، فهذه المسألة تنقض ما قالا.

---

[١] «ص» (متفاحشا).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (ثبت).

[٤] «أ» «ن» (عقد)، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (شيء من رأس المال).

فإن قالا: نحن إنما نجعلها جنسًا واحدًا في القسمة إذا رأى القاضي الصَّلاح فيه، كالدور[١].

۞ قلنا: وإنهما لم يشترطا هذا الشَّرط في كتاب القسمة.

وكذلك في كتاب الصوم في عبدٍ بين رجلين مرَّ عليهم يوم الفطر.

قال أبو حنيفة: لا تجب صدقة الفطر عليهما.

لأن كل عبدٍ يُعتبر على حدةٍ، فلا يصير لواحدٍ منهما عبدٌ كاملٌ.

وقالا: يجب على كل واحدٍ منهم صدقة عبدٍ كاملٍ، على اعتبار القسمة جمعًا، والقاضي ثَمَّ لم ير الصَّلاح، فثبت أن مسألة المضاربة تنقض قولهما في مسألة القسمة وصدقة الفطر.

إلا أنه ذكر في الجامع مسألة الصَّدقة، وأجاب على الاتِّفاق أنه لا يجب.

فصار عنهما روايتان على أنه لا نصَّ عن أبي يوسف في الصوم. ثم يقول[٢] في صدقة الفطر: اعتبر بجنس واحد وإن لم ير القاضي الصَّلاح احتياطا؛ لأنها عبادة.

فأما قولهم: إن النِّكاح جائز على عبد[٣]؛ فلأن العبيد[٤] جنس واحد حقيقةً وحكمًا. إلا أنا منعنا قسمة الجمع إلا بالتراضي، لِمَا ذكرنا أنه لا يمكن القسمة

[١] في حاشية «أ» زيادة (للسكنى).

[٢] «ص» (أو نقول).

[٣] «ص» (تسمية عبد جائز في النكاح).

[٤] «أ» «ص» (العبد)، والمثبت من «ن».

جمعا من حيث يكون إفرازا ، فامتنع كما يمتنع في الحمام مع اتفاق الجنس حقيقةً وحكمًا.

ثم إنما أفسدنا التَّوكيل بشراء عبد ، وإن كانت جهالة نوع ، وجهالة النوع لا تفسدها ؛ لأنها فسدت للتفاوت المتفاحش[١] الذي يقع بين العبيد ، كما يقع بين الأجناس. ولكنها لم توجب فساد التَّسمية في باب النِّكاح ؛ لأن تلك الجهالة المتفاحشة موجودةٌ بين أنواع مهر المثل الذي يجب لو فسدت التَّسمية ، فلما لم يفسد[٢] اعتبار تلك الجهالة ـ وإن فحشت ـ لم يعتبر ، وألحق بالقليل منه.

وأما قولهم: «متىٰ ضم إلىٰ العبيد شيء آخر قسمتُه» فهو إشكال علىٰ الكلِّ ؛ لأن الشَّيء الآخر ليس من جنس العبيد ، واختلاف الجنس يمنع قسمة الجمع ، فثبت أنها مؤوَّلة.

وتأويلها: قسمتُ بشرط التراضي ، أو قسمتُ العبيد[٣] تبعًا للذي ضم إليه ، كما قلتم أنتم بأن العبيد والبقور[٤] لا يصحُّ وقفها ، وإذا وقفها تبعًا للقرية صحَّ.

|١٠٩٤| **مسألةٌ:** علوٌ بين رجلين وسفلٌ طلبَا القسمة ، جمع القاضي نصيب كل واحد منهما في بيت علىٰ حدةٍ ويُحسب ذراعٌ من السُّفل بذراعين من العلوِّ عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: ذراعٌ بذراعٍ.

---

[١] «أ» «ن» (المتفاحشة) ، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» «ن» (يفد) ، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» (بالعبيد) ، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] كذا في «أ» و«ن». «ص» (القبور). ولعلها (الدور).

وقال محمد: يعدل الأنصباء بالقيمة.

لأنها جنس واحد حقيقةً، وفي المعنى جنسان؛ لأن السُّفل يعدُّ لمنافع لا توجد في العلو، والعلو يعد لمنافع لا توجد في السُّفل؛ لأن السُّفل في الغالب يعدُّ سردابا[١] وإصطبلا وبالوعة، ولا توجد هذه المنافع في العلو. والعلو يعدُّ منظرا ومخدعا. فمن حيث الاتِّفاق يقسم جمعا، ومن حيث الاختلاف يعدل الأنصباء بالقيمة.

دلَّ عليه: أن قيمة العلو تخالف[٢] قيمة السُّفل، بعد الاتِّفاق في الوضع، فصارا من حيث القيمة[٣] كالجنسين المختلفين، فلا تعتبر المماثلة بالصورة.

إلا أنا نقول: لو كانت المنافع مختلفةً لمنعت القسمة جمعًا، كما في الجنسين المختلفين، على ما قلنا. فلما قسمت جمعًا دلَّ[٤] أن المنفعة في الأصل منفعة واحدة.

وهذا لأن أصل المنفعة من[٥] البيوت والمنازل السكنى بأنفسهم، فأما ما عداها فتبعٌ للأنفس؛ لأن الدواب والقماشات تبعٌ للمالك، فكان المعتبر أصل السكنى، ومن حيث الأصل قل ما تجد الاختلاف بينهما، إذ في العادة[٦] يعدُّ السُّفل للسُّكنى، وكذلك العلو.

---

[١] «ص» (كردابا).

[٢] «أ» «ن» (كألف)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٣] «أ» (القسمة)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «ص» (علم).

[٥] في حاشية «أ» (في).

[٦] «ص» (العادات).

وإنما يقع الاختلاف في الدواب والبالوعة ، وذلك تبعٌ ، وكذلك المنظر؛ لأنه للتنزه ما يتخذ ، وذلك من توابع السُّكنىٰ. فإن السكنىٰ تقوم بدونه.

وإذا كان كذلك اعتبرت المعادلة بالأجزاء ، كما لو كانت كلُّها سُفلا أو علوًّا.

وأما قوله: بأن القيمة تختلف في نفسها بعد الاتِّفاق في الصنعة[١] ، ربما تربىٰ قيمة جانب علىٰ جانب لمعنىٰ عارض من زيادة حرز أو صلاح جوار. ثم ذلك الاختلاف لم يوجب التَّعديل بالقيمة ، بل يقسم بالذُّرعان بعد التَّعدِّيل بالقيمة ذراع بذراعين ، أو بذراع ونصف ، علىٰ حسب المعادلة بالقيمة ، ولا يعدّل بنفس القيمة من غير ذراع ، فكذلك ههنا عند الاختلاف.

وإنما جوابهما علىٰ ما أجابا فيما إذا اتَّفقا صنعةً وقيمةً ، فإن المعادلة عند أبي حنيفة ذراع بذراعين ، لِمَا ذكرنا أن القسمة إفرازٌ ، وإنما يكون إفرازًا علىٰ اعتبار المنافع علىٰ ما كانت من قبلُ ، ومنفعة السُّفل كانت بينهما في الأصل ، وكذلك العلو ، ومنفعة السُّفل من حيث المعنىٰ علىٰ الضِّعف من منافع العلوِّ؛ لأن منافع العلوِّ تفوت بفوات العلو ، وبفوات السُّفل. ومنافع السُّفل تفوت بفوات السُّفل ، ولا تفوت بفوات العلو. فصارت منافع السُّفل من حيث البقاء علىٰ الضِّعف من منافع العلو.

ولأن الأصل عند أبي حنيفة أن صاحب السُّفل ينتفع بسفله علىٰ ظاهره ، وله أن يتسفَّل فينتفعَ بباطنه ، وصاحب العلوِّ ينتفع بعلوِّه علىٰ ما هو ، وليس له أن

[١] في «ص» وحاشية «أ» زيادة (فليس كذلك إنما تختلف لمعان تفترض ، فإنك لم تر سفلا تربىٰ قيمته علىٰ العلو ، وفي بعض المواضع تربىٰ قيمة العلو علىٰ السفل لفساد في السفل ، وربما تعتدل القيمة ، كما نجد مثله بين جوانب الدار الواسعة مع اتفاق الصنعة).

يتعلَّىٰ فينتفعَ بالزيادة عليه. فصار للسُّفل منفعتان، وللعلوِّ منفعةٌ، والإفراز إنما يكون اعتبارا بكمال المنفعة؛ لأنها متىٰ فاتت لم يكن إفرازًا علىٰ ما قلنا. ولن[1] يكون الإفراز من حيث المنفعة بالتسوية إلا ذراعٌ بذراعين، كثوب ذي طاقين، وثوب ذي طاق، قسمت بينهم، فإنه يحسب كلُّ ذراع من ذي طاقين بذراعين من ذي طاق.

فتكون علىٰ الطريقة الأولىٰ مسألةً[2] مبتدأةً، حيث اعتبر أبو حنيفة المنفعة، وهما اعتبرا العين.

وعلىٰ الطريقة الثَّانية تكون بناءً علىٰ الأخرىٰ؛ فإن المذهب عندهما أن لصاحب العلوِّ أن يزيد علىٰ علوِّه فيتعلَّىٰ[3]، كما لصاحب السُّفل أن يتسفَّل.

[١٠٩٥] **مسألةٌ**: دارٌ بين رجلين اقتسماها نصفين، ثم استحقّ النِّصف من نصيب أحدهما شائعًا لم تبطل القسمة عند أبي حنيفة. ولكن يخير المستحقّ عليه إن شاء ردَّ الباقي واقتسموا ثانيًا، وإن شاء رجع علىٰ الشَّريك بقدر ما استحقّ، ولم ينقض[4] الأول.

وقال أبو يوسف: انتقضت القسمة.

وقول محمد مضطرب.

---

[1] «ص» (وأن).

[2] رسمت في «ص» بالأحمر.

[3] «أ» (فتعلىٰ)، والمثبت من «ن» و«ص».

[4] «ص» (ينتقض).

فأبو يوسف يقول: القسمة للإفراز، وحين استحقّ جزء شائع من نصيب أحدهما تبيَّن أن لا إفراز فكانت باطلة، كما لو استحقّ الغائب النصف[١] من النَّصيبين جميعًا.

وأبو حنيفة يقول: بأن الاستحقاق لم يوجب شيوعا في نصيب الآخر، فلا تنتقض القسمة به كما لو استحقّ بيتا بعينه من نصيب أحدهما.

وهذا؛ لأنها للإفراز، وحين[٢] لم يثبت للمستحقّ شيوع في نصيب الآخر بقي معنىٰ الإفراز في حقِّه بعد الاستحقاق، فلم يتبيَّن أن المعقود عليه من القسمة، وهو الإفراز كان فائتًا، وإذا لم يتبيَّن الفوات لم يثبت فساده، ولكن وقع فيه خللٌ في حقِّ المستحقّ عليه حيث لم يتمَّ له الإفراز؛ لأنه يحتاج إلىٰ قسمةٍ أخرىٰ مع المستحقّ، فخير[٣] طلبا لرضاه، فإن شاء نقض القسمة حتىٰ[٤] لا يحتاج إلىٰ القسمة مرتين، ولا يتفرق نصيبه، وإن شاء تحمَّل الضَّرر.

فأما إذا استحقّ النِّصف من النَّصيبين فقد تبيَّن أنه لا إفراز، فكان المعقود عليه فائتًا، ففسدت القسمة.

مثاله: إذا اشترىٰ شيئًا فاستحقّ بعضه لا يبطل البيع أصلًا، ولكنه يخير؛ فإن تبيَّن أنه كان حرًّا بطل؛ لأنه تبيَّن أنه لا معقود عليه، فخرِّجت مسائل القسمة كلها علىٰ اعتبار أن القسمة إفرازٌ، وأن معنىٰ الإفراز معقودٌ عليه.

---

[١] «أ» (التصرف)، والمثبت من «ن».

[٢] «ص» (وحيث).

[٣] «ص» (فجبر).

[٤] في حاشية «أ» (حين).

[١] وعلىٰ هذا تخرَّج:

[١٠٩٦] مسألةٌ: من باب الوصايا

دارٌ بين رجلين أوصىٰ أحدهما لرجلٍ آخر ببيتٍ منها بعينه، ثم مات، وقاسم الوارث شريك الميت، فإن وقع البيت في حصَّة[٢] الميِّت أُمر بتسليمه إلىٰ الموصىٰ له من الثلث، وإن وقع في نصيب الشَّريك أُمر بتسليم مثل ذُرعان البيت إليه.

وعند محمد يستحقّ الموصىٰ له نصف البيت، أو مثل نصف ذُرعانه.

قال: لأنه أوصىٰ له بالبيت والنِّصف له، والنِّصف لغيره، ولم ينعقد له فيه سبب ملكٍ، فلم يصحَّ إيجابه [مضافًا][٣] إلىٰ ذلك الملك، وإن ملكه من بعدُ بسببٍ أحدثه، كما إذا أوصىٰ بالدَّار كلها ثم اشتراها.

وههنا إنما ملك النِّصف بسببٍ حادثٍ وهو القسمة، فأما النِّصف الذي كلُّه له فتصحُّ به الوصيَّة، لقيام ملكه إذا ملكه[٤] عينًا، وإن وقع في نصيب الآخر أُمر بتسليم مثل ذُرعان نصف البيت [إليه][٥]؛ لأنه ملك هذه الذِّرعان بسبب ملكِ نصف البيت فصحَّت الوصيَّة فيها لقيام السَّبب[٦].

[١] زاد في حاشية «أ» (مسألة).

[٢] «ص» (نصيب).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٤] «أ» (ملك)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٦] «ص» (التسبب).

كما إذا أوصىٰ بغلَّة نخلة، ولا غلَّة، ثم خرجت، فإن الوصيَّة صحيحة؛ لأن سبب الملك كان قائمًا، وهو ملك النَّخلة.

ولا يشكل هذا بحنطةٍ بين رجلين، أقرَّ أحدهما لرجلٍ بقفيزٍ ـ غيرِ عينٍ ـ، وأنكر الآخر، فاقتسما، فإن المقَرَّ له يشارك المقِرَّ في نصيبه بقدر القفيز، لا بنصف[1] قفيز؛ لأنه أقرَّ أنه شريكهما بقدر قفيز، وصحَّ إقراره في حقِّه؛ لأنه إخبار[2] فيصحُّ في حقه. وإن كان لا يصحُّ في ملك الغير، فإن من أقرَّ بشيءٍ، ثم ملكه، أخذ به، فيجعل كل قفيزٍ بينهما علىٰ زعمه ليمكنهما[3] المقاسمة، فالآخر لما أنكر فقد استوفىٰ أكثر من حقِّه في زعم المقرِّ، فصارت الزيادة كالتَّاوي[4]، فيملك[5] علىٰ الشَّركة، والباقي بينهما يبقىٰ علىٰ الشَّركة، علىٰ ما هو الأصل في الأموال المشتركة.

فأما هذا فوصيَّة وإيجابٌ، ولابدَّ لصحَّة الوصيَّة من ملكٍ أو سببِ ملكٍ في الموصىٰ به فيصحُّ.

وكذلك في مسألتنا هذه، إذا أقرَّ أحدهما ببيت بعينه لرجل مكان الوصيَّة كان الجواب في الظَّاهر علىٰ الاتِّفاق، علىٰ ما قال أبو حنيفة وأبو يوسف، فإنه لم يذكر في كتاب الإقرار خلافًا.

والخروج عنها لمحمد: ما ذكرنا أنه لما أقرَّ بالبيت فقد أخبر أنه له، فصحَّ

---

[1] «أ» (نصف)، والمثبت من «ن» و«ص».
[2] «ص» (اختار).
[3] «ص» (ليمكنهم).
[4] «أ» (كالتساوي)، والمثبت من «ن» و«ص».
[5] «ن» (فملك).

الإخبار به، وإن لاقى[١] ملكَ الغير؛ لأن صحَّة الخبر لا يعتمد ملكه، كالشَّهادة.

فإن وقع الكل[٢] في نصيبه بالقسمة أمر بالتسليم إليه، وإن ملك بسبب مبتدإٍ حكمًا بصحَّة الخبر في غير ملك، وهذا كما لو أقرَّ بالكلِّ ثم اشترىٰ النِّصف الباقي.

وإن وقع في نصيب الآخر شاركه في مثل ذُرعانه؛ لأن الإقرار[٣] بالبيت كان صحيحًا في حقِّهما علىٰ ما مرَّ، وقد وصل إليه مثل ذُرعانه بسبب ذلك البيت الذي ترك[٤] عليه، فكان صاحب البيت أوْلىٰ بها، غير أنه يضاربه بمثل ذُرعان البيت، ولا يأخذها كاملة؛ لأن مِن زعمهما أن[٥] حقَّ الآخر في نصف الدَّار وراء[٦] البيت، إلا أن الآخر لما أنكر وأخذ النِّصف من الجملة فقد أخذ زيادةً [علىٰ][٧] حقِّه؛ لأن حقَّه النِّصف وراء البيت، فصارت الزيادة كالتاوي[٨]، فيهلك عليهما، وما بقي يبقىٰ عليهما جميعًا.

ففارق الإقرارُ الوصايا من حيث إنه يصحُّ في ملك الغير حتىٰ يؤاخذ به المقر متىٰ صار يتناول ملكه، والوصايا لا تصحُّ إلا بملكٍ، أو بما انعقد فيه[٩] سبب الملك.

---

[١] «ص» (وإلا في).
[٢] في حاشية «أ» (الملك).
[٣] في حاشية «أ» (عليه).
[٤] «ص» (يرد).
[٥] «أ» (زعمها أنها)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٦] «ص» (لا في).
[٧] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[٨] «أ» (كالتساوي)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٩] «أ» (به)، والمثبت من «ن» و«ص».

ومنهم من يقول بأن مسألة الإقرار على الاختلاف؛ لأنه لما أقرَّ بالبيت ـ والنِّصف له، والنِّصف لغيره ـ لم يصحَّ في حقِّ الشَّريك المنكر، حتى لا يُدخل عليه شريكًا ثالثًا، فيحتاج إلى قسمتين[١]. فلما قاسم ووقع البيت في نصيب الشَّريك المنكر صار متلفًا النِّصفَ الذي كان له بالقسمة، فضمن، والنِّصف الآخر لم يكن له، ولا دخل في ملكه، فلا يضمن.

إلا أنّ هذا واهٍ؛ لأنه لو كان كذلك لضمِن نصف البيت بقيمته[٢]؛ لأنه لا يضمن بالمثل عند الإتلاف.

كما إذا أتلف دارَ إنسان بالشَّهادة عليه، ثم رجع، فإنه يضمن القيمة، فحيث جعله شريكًا في مثله ذُرعانا علمتَ أنه إنما صحّح الإقرار فيما ينفرز بالقسمة، وهو البيت، أو مثل ذُرعانه[٣] فيؤاخذ بكلِّه.

إلا أنا نقول: بأن القسمة إفرازٌ لعين الحق، وليست بمبادلةٍ مبتدأةٍ، بدليل ما ذكرنا في أوّل الكتاب.

وكذلك قال محمد في كتاب الشُّفعة فيمن اشترى نصف دارٍ، وقاسم البائع، ثم حضر الشَّفيع لم تنقض قسمته؛ لأنه قبض عين حقِّه، وما اشترى. فتبيَّن[٤] أنه بالقسمة قبض عينَ حقِّه، وأنها[٥] إفرازٌ لحقِّه الشَّائع حكمًا، وليست بمبادلةٍ.

---

[١] «أ» «ص» (قسمين)، والمثبت من «ن».

[٢] «أ» «ن» (قيمته)، والمثبت من «ص».

[٣] في حاشية «أ» (وصية يصير المقر له داخلا في ملكه، وهو البيت أو مثل ذرعانه).

[٤] «أ» «ن» (قبض)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٥] «أ» (أنه)، والمثبت من «ن» و«ص».

ولهذا قيل: إن مطلق القسمة يتضمَّن المسيل والحقوق. بخلاف الشِّراء، فإن الحقوق لا تدخل تحتها حتىٰ تذكر؛ لأنها ليست من المبيع، والقسمة إفراز لِما كان، وإنما كان النَّصيب لحقه ما تقرر[١] كذلك ما لم ينقطع بالشَّرط.

ولهذا لا تجب الشُّفعة في القسمة؛ لأنها ليست بمبادلة جديدة، ولكنها تعيين لقديم[٢] الملك، ولا شفعة في قديم الملك.

ألا ترىٰ أنها إفرازٌ في المكيل والموزون بلا خلاف، حتىٰ إذا اشترىٰ [رجلان][٣] مكيلًا، ثم اقتسماه، باع[٤] كلُّ واحدٍ منهما نصيبه[٥] علىٰ ما اشترىٰ، ولو تخلَّلت[٦] مبادلةٌ بينهما لم يجز، ويقدر علىٰ القسمة بغير رضىٰ [الآخر][٧]؛ لأنه يستوفي عين حقِّه، بمنزلة الوديعة، فلا يحتاج إلىٰ الرِّضىٰ.

فكذلك في غير المكيل والموزون لقيام العلَّة وهي القسمة؛ لأنها وُضعت للإفراز لغةً وشرعًا، علىٰ ما مرَّ، وقيام المحلِّ، وهو العين المشترىٰ[٨] الذي يقبل الإفراز.

ألا ترىٰ أن البيع لما كان مبادلةً في غير[٩] المكيل كان كذلك في المكيل،

---

[١] في حاشية «أ» (ما انفرز). «ص» (فانفرز).

[٢] «أ» «ن» (تقديم)، والمثبت من «ص».

[٣] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

[٤] «أ» (اقتسماها ما باع). «ن» (اقتسماها باع)، والمثبت من «ص».

[٥] في حاشية «أ» زيادة (مرابحة).

[٦] «أ» و«ن» (تخلفت)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٧] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

[٨] في حاشية «أ» (المشترك).

[٩] «ص» (عين).

إلا أنه في غير المكيل والموزون احتيج إلىٰ الرِّضىٰ[١] عند القبض؛ لأنه لابدَّ من تفاوتٍ وإن قلَّ يقع بين النَّصيبين، وذلك يمنع الإفراز؛ لأن نصيبه مثل الآخر من غير تفاوت فاحتيج إلىٰ الرِّضىٰ أو القضاء، ليسقط حكم ذلك التَّفاوت. فإذا رضي أو جاء القضاء سقط التَّفاوت، والتحق بالذي لا تفاوت بينهما، ولم يجز أن يبيع نصيبه بعد القسمة مرابحةً؛ لأن التَّفاوت كان مانعًا من أن يكون إفرازاً. وإنما سقط[٢] اعتباره ضرورةَ تحقيقِ معنىٰ القسمة.

فأما التَّفاوت فقائمٌ علىٰ الحقيقة، ولما قام وكل نصف غير[٣] المشترىٰ صار بمعنىٰ ما لو اشتراهما، كذلك بعد الإفراز، ولو اشتراهما بعد الإفراز بثمن واحد انقسم الثَّمن عليهما علىٰ قدر القيمة، ولم يجز بيع أحدهما مرابحةً، فكذلك لما صار بمعنىٰ ذلك تثبت شبهة القسمة علىٰ قدر القيمة، والشُّبهة تمنع بيع المرابحة[٤]، علىٰ ما مرَّ في البيوع.

فأما في المكيل والموزون فلا تفاوت بينهما بعد الإفراز فلم يتغير[٥] بالقسمة، كما لو اشتراهما كذلك مفرزين بثمن واحد، فله أن يبيع أحدهما بنصف الثَّمن.

وكذلك علىٰ هذا قالوا في عدل زُطِّي(٦) أخذه الكفار منا، ثم دخل تاجران

---

[١] في حاشية «أ» (أو القضاء).

[٢] «ن» (يسقط).

[٣] «ص» (عن).

[٤] «ص» زيادة (كالحقيقة).

[٥] «ص» (يتعين).

(٦) العدل: المثلي، ومنه عدل المتاع، والزط: جيل من الناس، وفي «المغرب في ترتيب المعرب» (ص: ٢٠٨): «الزط: جيل من الهند إليهم تنسب الثياب الزطية». وقيل: جيل من الناس بسواد=

فاشترياه من الكفار، وأخرجاه[١] إلينا واقتسماه، ثم غاب أحدهما، فحضر[٢] المالك [القديم ليأخذ من المالك][٣] الحاضر منهما أخذ[٤] النِّصف الذي عنده نصفه بربع الثَّمن، والنِّصف بنصف قيمة الآخر؛ لأن النِّصف مِن هذا كان له في الأصل قبل القسمة، [والنِّصف الآخر صار بالقسمة][٥]، والقسمة إنما تثبت قسمةً وإفرازًا بتراضيهما على ما قلنا، فعمل في حقِّهما.

فأما في حق المالك فلم يثبت، فصار بيعا جديدا النِّصف بالنصف، فلذلك أخذه بقيمة ذلك النصف.

❁ فإن قيل: القسمة إفراز في الأصل إلا أن هذا المحلَّ لا يقبل الإفراز، لِما ذكرنا أنه لابدَّ من أدنى تفاوت، غير أنا لا نعتبره في حقِّ ما بينهما ضرورةً؛ إذ لو اعتبر لما أمكن القسمة، وهي مشروعة، وما ثبت بالضَّرورة يتقدَّر بقدرها، فلم يعتبر في حق الشَّريكين، فجعل إفرازًا في حقِّهما، مبادلةً جديدةً في حقِّ غيرهما، إذ لا ضرورة، والموصى له ثالث[٦].

ولكن مع هذا لم تجب الشُّفعة بالقسمة، وإن كان الشَّفيع ثالثا؛ لأن الشُّفعة أوجبت له دفعًا للضرر عن نفسه من حيث [أن][٧] لا يلحق بالمالك ضررًا لم

= العراق. وانظر: «البناية شرح الهداية» (٨/٩٧).

[١] «أ» «ن» (أخرجوا)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (فحصل).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» و«ص»، والمثبت من حاشية «أ».

[٤] في حاشية «أ» (فإنه يأخذ).

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[٦] «ص» (بالثلث).

[٧] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

يكن قبل البيع والشِّراء. ولو أوجبنا الشُّفعة بالقسمة لتضرَّر به المالك ضررا لم يكن؛ لأن نصف الدَّار كان له، والتَّعيين بالقسمة كان حقًّا له، فلو وجبت الشُّفعة بها لما ملك تعيينه[١] بالقسمة فيتضرر به من حيث يمتنع عليه تعيين ملكه القديم الذي لم يملك الشَّفيع الإضرار به في ذلك الملك.

وعلىٰ هذا تأويل ما قاله محمد في كتاب القسمة والشُّفعة.

ولهذا[٢] لم يجز بيع أحد النَّصيبين مرابحةً؛ لأنها تجري مع ثالث.

وكذلك مسألة العدل[٣] الزُّطِّي. وهي مذكورة في الزيادات؛ لأن المأخوذ منه إنما يأخذها لملكه[٤] القديم، وإن أضر بالمتملك[٥] الثَّاني من حيث استحقاق ملكه عليه، فأمكن أن تعتبر القسمة بيعًا جديدًا في حقِّه، وإن تضرَّر به؛ لأنه ملك الإضرار به في هذا الملك بعينه حيث[٦] ملك الأخذ منه بغير رضاه، وذكر مسألة الكُرِّ بعدها[٧] مقام العدل.

وأجاب: أن للمالك الأصلي أن يأخذ النِّصف الذي وجده[٨] بنصف الثَّمن؛ لأنه إفرازٌ من كل وجه، وقد يتغير[٩] حكم العقد بالمحلِّ، فإن الإعارة

---

[١] «أ» «ن» (نصيبه)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (وكذا).

[٣] «ن» (العبد).

[٤] «ص» (يأخذهما بملكه).

[٥] «ص» (فإن أضر به المتملك).

[٦] في حاشية «أ» (حتىٰ).

[٧] «ص» (بعد هذا).

[٨] «ص» (أخذه).

[٩] «ص» (يتعين).

إذا لاقت الدُّور وما ينتفع بمنافعها يكون تمليك المنفعة، وإذا لاقت المكيل والموزون، وما لا منفعة له كان تمليكًا للعين[١].

۞ قلنا: لما ثبت أنها إفراز في حقِّهما على ما بيَّنَّا ثبت أن حقَّه عند الوصيَّة ما يتعيَّن بالقسمة والإفراز، وذلك البيت أو مثل ذُرعانه؛ لأن البيت متى أخذه الشَّريك كان عين حقِّه حكمًا، فمثل ذُرعانه [بإزائه][٢] يكون عين حقٍّ هذا الموصى [به][٣] أيضا. فثبت أن حقَّه ما يتعيَّن بالإفراز من البيت، أو مثل ذُرعانه، وتسمية البيت تسميةٌ لما يتعين له من عينه، أو مثل ذُرعانه من ملكه القائم للحال، بلا خلاف.

فإن محمدا يقول: بأن الموصى له يستحقّ نصفه أو مثل نصف ذُرعانه. ولو[٤] تعلَّق بالعين لَما استحقّ مثل نصف ذُرعانه، وإنما استحقّ القيمة على ما مرَّ.

إلا أنه يقول[٥]: ملكه القائم نصف البيت، والنِّصف الآن يملكه بسببٍ مبتدإٍ، فإذا أثبتنا بالدَّلالة أنه يملك الكلَّ في الثَّاني، أو مثل ذُرعان الكلِّ، لا بسببٍ مبتدإٍ، ولكن بالملك القائم حال[٦] الوصيَّة بما ذكرنا أن القسمة إفرازٌ، وتعيين للملك الذي كان شائعًا= صحَّت الوصيَّة بذلك كلِّه، لقيام الملك أو سبب

[١] «أ» (تمليك العين).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» «ن» (وله)، والمثبت من «ص» وفي حاشية «أ».

[٥] «ص» (أنا نقول).

[٦] «ص» (حين).

الملك وهو الشَّركة، حتىٰ[١] تعين له هذا بذلك السَّبب.

ألا ترىٰ أنه إذا أوصىٰ بغلَّته القائمة صحَّت، وكذلك إذا أوصىٰ بما يغلُّ نخله العام يصحُّ أيضا.

وكذلك إذا أوصىٰ بعبدٍ اشتراه علىٰ أن البائع بالخيار، ثم سقط الخيار، يصحُّ لقيام السَّبب صورةً.

دلَّ عليه إجماعهم أنه إذا وهب الشَّائع الذي يحتمل القسمة لا يصح[٢]. فلو قاسم وسلم مفرزا صح، ولو جعل ذلك غير[٣] ما وهب لما صحَّ. كما إذا وهب الدَّار جملةً، ثم اشترىٰ النِّصف الباقي، وسلَّم.

بخلاف ما إذا أوصىٰ ببيت من حمام مشترك بينهما، فإنه لا يستحقّ الموصىٰ له إلا نصف الثلث[٤]؛ لأن حق الموصىٰ متعين في النِّصف من البيت. وليس بدائر؛ لأنه لا يحتمل القسمة ليتوقف الأمر علىٰ ما يتعين له بالقسمة.

ألا ترىٰ أنها لو خربت حتىٰ وقعت القسمة ضمن للموصىٰ له إن وقع ذلك البيت في نصيب الآخر قيمة نصفه، لا مثل الذُّرعان. وكذلك في الإقرار، والله أعلم[٥].

---

[١] «ص» (متىٰ).

[٢] «ص» (يجوز).

[٣] «ص» (حصل ذلك عين ما وهب).

[٤] «ص» (البيت).

[٥] «ص» (تم كتاب القسمة). وبعده كتاب المفقود. والمسألة الأخيرة غير مثبتة فيها.

[١٠٩٧] **مسألةٌ** من الهبة، تُخرَّج علىٰ هذا:

قال أصحابنا: هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تجوز.

وقال المخالف[١]: جائزة؛ لأن كلَّه يقبل الهبة، فكذلك بعضه.

دليله: ما لا يحتمل القسمة.

ولأن البعض الشَّائع يقبل البيع، فيقبل الهبة، ويُملك بالقبض الذي ينقل الضَّمان في باب البيع.

دليله: المفرز.

ولأن الشَّائع يُملك بالبيع الفاسد عندكم، فكذلك بالهبة؛ لأن الفاسد يوجب الملك مع القبض، كالهبة.

ولأنكم قلتم فيمن دفع إلىٰ رجلٍ ألف درهم، نصفه مضاربة ونصفه قرضا، وسلم إليه= صحَّ، وملَك نصيب القرض. والقرض تبرُّعٌ ابتداءً، ويوجب الضَّمان عند القبض، كالهبة بشرط العوض علىٰ أصلكم، فلا معنىٰ للفرق بينهما.

إلا أنا نقول: إن القبض لِيصير العقد ناقلًا للملك في أصل الوضع كقبول المشتري؛ يشترط ليصير قول البائع[٢] ناقلًا للملك، فكان القبض في باب الهبة كالقبول في باب البيع.

ولذلك قالوا: بأنه يملك القبض بغير إذنٍ في المجلس ما لم يُنه، ولا

---

[١] في حاشية «أ» (الشافعي). وانظر قول الشافعي في: «الحاوي الكبير» (٥٣٤/٧)، و«البيان» للعمراني (١١٩/٨).

[٢] في حاشية «أ» زيادة (بعت).

يملك بعد المجلس إلا بإيجاب مبتدإٍ. فإذا كان القبض نازلا منزلة القبول، ثُم لم يقع الملك إلا عند تمام القبض، كما لا يقع إلا عند تمام القبول، حتىٰ إذا كان المشتري مكرهًا لم يقع الملك بقبوله. وكذلك إذا اشترط الخيار علىٰ أصلي.

والقبض في المشاع المحتمل للقسمة إنما يتم بالقسمة علىٰ ما بيَّنَّا؛ أن القسمة إفرازٌ وتعيينٌ للحقِّ، فإذا كان حقُّه في المشاع الذي يحتمل القسمة ما[١] يتعين بالقسمة لم يكن القبض تامًّا قبل التَّعيين لأجل الجهالة.

الدَّليل علىٰ أن القسمة من القبض: أن المشتري يملك مطالبة البائع بالقسمة قبل القبض، ولا حقَّ له قبل البائع إلا في التسليم والإقباض.

بخلاف ما لا يحتمل القسمة؛ لأن حقَّه متعيِّن كذلك شائعًا، فلم يكن له تمامٌ وراء ذلك، وإنما يعتبر التَّمام بقدر الإمكان.

ألا ترىٰ أن أحدهما لا يملك مطالبة الآخر بالقسمة؛ لأنها مبادلةٌ جديدةٌ، فلا يجبر عليها إلا بسببٍ ثبت عليه، ولا يملك المشتري مطالبة البائع بذلك القسمة بحقِّ العقد.

فأما البيع الفاسد فالقبض شرطٌ ليجب ضمان العقد، ثم الناقل للملك: العقد الموجب للضمان، من غير أن يكون القبض عينه[٢] شرطًا لإيجاب الملك، وضمان العقد لا يتعلَّق بأتمِّ[٣] قبضٍ، إنما يتعلَّق بأدنىٰ ما يكون.

---

[١] في حاشية «أ» (إنما).

[٢] «أ» (عينه)، والمثبت من «ن». تطابق «أ» (عنه)

[٣] «أ» (بإثم)، ولم تضبط في «ن».

واستدلال آخر[١]: أن حقَّه ما يتعيَّن بالقسمة، وذلك مجهولٌ في الحال، منعت تلك الجهالة فيه[٢] من أن يكون البيع سببًا للملك، ويمنع قبول المشتري مع الجهالة من أن يكون شرطًا لتصحيح إيجاب البائع.

بخلاف القبض من باب البيع الفاسد؛ لأنه شرط لِأنْ[٣] يجب ضمان العقد، ولو كان علَّة للضمان لم تمنع الجهالة صحَّتها، كما في غصبِ ما لا نعلمه، ونجهل مقداره، فكذلك لا تَمنع أن يكون شرطًا.

وأما الهبة بشرط العوض فينعقد كذلك تبرُّعًا[٤]، كان القبض فيه شرطًا لإيجاب الملك؛ لأن العقد لم ينعقد لإيجاب الضَّمان لما انعقد تبرُّعًا، فمنعت الجهالة صحَّة ذلك القبض شرطًا للملك على ما مرَّ.

وأما القرض الذي ذكره، فإنما صحَّت في مسألة المضاربة؛ لأنه لا شيوع في ذلك القبض على أصلي؛ لأن القرض عندي إعارةٌ على ما ثبت في كتاب الصرف في إبطال الأجل في القرض.

وقبض العارية يقع على ملك الغير لاستيفاء المنفعة منه، وكذلك قبض المضاربة[٥] يقع على ملك ربِّ المال لاستيفاء المنفعة منه. إلا أن العارية لتمليك المنفعة من عينها، لا بالتَّصرُّف فيه، ولا منفعة للدَّراهم وراء العين، فيملكها بالقبض مقام المنفعة.

---

[١] في حاشية «أ» زيادة (أنه لما ثبت).

[٢] في حاشية «أ» زيادة (من أن يكون القبض شرطا لإيجاب الملك كما تمنع الجهالة).

[٣] في حاشية «أ» (لا أن).

[٤] في حاشية «أ» (بعد تمامه، وبالقبض يأخذ حكم البيوع، فإذا انعقد تبرعا).

[٥] في حاشية «أ» (المضارب).

والمضاربة لتمليك المنفعة من حيث التَّصرُّف، والدَّراهم يملك التَّصرُّف بها[١] دون ملْكِ عينها، كالوصي وغيره، فلا يملك العين. فأما في الابتداء فالقبض يقع علىٰ نمطٍ واحدٍ، ثم يختلف الحكم بعد ذلك لاختلاف حكم المنفعة التي جعلت له بالعقد، وإذا وقع علىٰ نمطٍ واحدٍ لم يتمكَّن الشُّيوع.

دلَّ عليه أن الهبة لو أوجبت الملك في المشاع قبل القسمة لملك الموهوب له مطالبته بالقسمة، وهي من القبض علىٰ ما بيَّنَّا، فيصير ضامنًا[٢] له بالعقد أكثر مما تبرَّع[٣] به؛ لأن القبض موجبٌ بالعقد، والقسمة منه، فيحال إليه، فلا يجوز أن يُلزمه بالعقد ذلك، كما لم يوجب الملك قبل القبض حتىٰ لا يضمن التسليم به، فليزمه ما لم يتبرع به.

ولا يلزمه مسألة القرض مع المضاربة حيث صحَّحنا في المشاع، والقرض تبرُّع لِما ذكرنا: أن اليد ثَمَّ تقع جملةً لا شيوع فيه في الابتداء، فيتم القبض[٤] من غير أن يوجب القسمة علىٰ المقرض بحكم العقد.

حتىٰ قال أبو يوسف: المستقرض لا يملك القرض بالقبض، وإنما يتصرَّف فيه بحكم الإباحة.

وإذا كان كذلك لم يمكن ملك العين فيه من موجب العقد، فالقسمة التي تجب حكمًا بالملك لا يكون مضافًا إلىٰ العقد أيضًا.

---

[١] في حاشية «أ» (وإن لم يملك عينها).

[٢] «أ» (ضمانا).

[٣] «أ» (يتبرع)، والمثبت من «ن».

[٤] في حاشية «أ» (القرض).

فأما البعض فقد قبل الهبة عندنا[١] حتىٰ إذا أفرز، ثم سلَّم، صحَّت الهبة، ولو وقع فاسدًا في الابتداء لَمَا انقلب جائزًا بالتسليم إليه، كهبة الحمل في البطن، والدُّهن في السمسم، لَمَّا فسد لم يصحَّ بالتسليم إليه إلا علىٰ وجه هبةٍ مبتدأةٍ.

وههنا يصحُّ من غير ابتداءٍ، حتىٰ لو وكَّل الموهوب له بالقسمة والقبض بناءً علىٰ مِلْك الهبة صحَّ عندنا، فثبت أنه علىٰ أصلنا إنما يفسد لقصورٍ يقع في شرط الملك، وهو القبض، وهو معدومٌ في البيع، وفي المشاع الذي لا يحتمل القسمة، لِما ذكرنا أن حقَّه يتعيَّن كذلك شائعًا.

وإجماع الصحابة يدلُّ علىٰ ما ذهب إليه[٢] أصحابنا:

عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه لما حضرته[٣] الوفاة قال لعائشة: «إني كنت وهبت لك جداد عشرين وسقًا من مالي بالعالية، وإنك لم تكوني قبضتيه، ولا حزتيه، وإنما هو مال وارث»(٤).

---

[١] في حاشية «أ» (جائزة).

[٢] «أ» «ن» (وإجماع الصحابة لما ذهب)، والمثبت من حاشية «أ».

[٣] «ن» (حضره).

(٤) رواه مالك في الموطأ ت الأعظمي (٤/١٠٨٩، رقم: ٢٧٨٣)، وعبد الرزاق (١٦٥٠٧)، وابن أبي شيبة (٢٠١٣٥)، والبيهقي في «السنن الصغير» (٢٢٣١).

ورواية مالك، عن ابن شهاب، عن عروة بن الزبير عن عائشة زوج النبي ﷺ، أنها قالت: إن أبا بكر الصديق كان نحلها جاد عشرين وسقا من ماله بالغابة، فلما حضرته الوفاة قال: «والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إلي غنىٰ بعدي منك، ولا أعز علي فقرا بعدي منك، وإني كنت نحلتك جاد عشرين وسقا، فلو كنت جددتيه واحتزتيه كان لك. وإنما هو اليوم مال وارث، وإنما هما أخواك، وأختاك، فاقتسموه علىٰ كتاب الله، قالت عائشة، فقلت: يا أبت، والله لو كان كذا وكذا لتركته، إنما هي أسماء، فمن الأخرىٰ؟ فقال أبو بكر: ذو بطن بنت خارجة، أراها جارية». والأثر صحيح. انظر: «البدر المنير» (٧/١٤٣).

أبطل لعدم الحيازة. والحيازة في اللغة: جمع الشَّيء المتفرِّق، وإنما يكون ذلك بالقسمة.

ألا ترىٰ أنه ذكر عدم القبض، وعندك لا يكون عدم القسمة والحيازة علَّة تبطله.

وأبو بكر ﷺ جعله علَّةً بانفرادها؛ لأنه أفرد لها كلمة نفيٍ علىٰ حدةٍ، ولم يجمعه إلىٰ عدم القبض، فيصير كلٌّ بنفسه علَّةً.

كما تقول: «والله لا أكلِّم فلانًا وفلانًا» لا يحنث حتىٰ يكلِّمهما جميعًا، ولو قال: «ولا فلانًا» حنث أيَّهما كلَّم.

وعن عمر ﷺ: «ما بال أحدكم ينحل ولده نُحلىٰ لا يحوزها، ولا يقسمها...» الخبر إلىٰ آخره[1].

والاستدلال علىٰ نحو ما مرَّ.

---

(١) رواه مالك في «الموطإ» ت الأعظمي (٤/١٠٩٠، رقم: ٢٧٨٤)، وابن أبي شيبة (٢٠١٢٤)، وعبد الرزاق الصنعاني (١٦٥٠٩) والبيهقي في «السنن الصغير» (٢٢٣٣)، و«السنن الكبير» (١١٩٥٣)

ومالك يرويه عن ابن شهاب، عن عروة بن الزبير، عن عبد الرحمن بن عبد القاري؛ أن عمر بن الخطاب قال: «ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلا ثم يمسكونها، فإن مات ابن أحدهم، قال: مالي بيدي لم أعطه أحدا وإن مات هو، قال: هو لابني قد كنت أعطيته إياه. من نحل نحلة، فلم يحزها الذي نحلها، حتىٰ تكون إن مات لورثته، فهي باطل».

ورواية عبد الرزاق عن معمر، عن الزهري، عن عروة بن الزبير قال: أخبرني المسور بن مخرمة، وعبد الرحمن بن عبد القاري، أنهما سمعا عمر بن الخطاب يقول: «ما بال أقوام ينحلون أبناءهم، فإذا مات الابن قال الأب: مالي وفي يدي. وإذا مات الأب قال: قد كنت نحلت ابني كذا وكذا، لا نحل إلا لمن حازه وقبضه عن أبيه». وإسناده صحيح. وانظر: «التمهيد» لابن عبد البر (٧/٢٣٨)، و«نصب الراية» (٤/١٢٢)، و«إرواء الغليل» (٦/٦٩).

وعن عثمان: أنه جعل الحيازة شرطًا في الهبة لولده الصغير(١).

يعني القسمة؛ لأن القبض حاصلٌ بنفس العقد؛ لأن الأب يلي عليه، والشَّيء في يده.

وعن علي رضي الله عنه - فيمن وهب ثلث كذا، أو ربع كذا - قال: «باطل ما لم يقاسم»(٢).

فثبت أنه أبطلها بالشُّيوع؛ لأنه رفعه بالقسمة، ولو كان لأجل الجهالة لقال: «ما لم يعلم».

وعن ابن عباس: «لا تجوز الهبة إلا مقبوضةً مقسومةً»(٣).

---

(١) أقرب ما وقفت عليه من الآثار عن عثمان رضي الله عنه في هذا الباب ما رواه مالك في الموطإ ت الأعظمي (١١٢٠/٤، رقم: ٢٨٥٠) عن ابن شهاب، عن سعيد بن المسيب، أن عثمان بن عفان، قال: «من نحل ولدا له صغيرا - لم يبلغ أن يحوز نحله - فأعلن ذلك له، وأشهد عليها، فهي جائزة، وإن وليها أبوه». وإسناده صحيح. ورواه البيهقي في «السنن الكبير» (١١٩٥٢)، و«معرفة السنن والآثار» (١٢٣١٨).

(٢) لم أقف على الأثر في الكتب المسندة، وقد ذكره الكاساني في: «بدائع الصنائع» (١٢٠/٦).

(٣) لم أقف على الأثر باللفظ الذي ذكره المصنف، وقد أورده البيهقي بلفظ الصدقة في «معرفة السنن والآثار» (١٢٣٢١) - حيث قال -: «قال أحمد: وفيما حكى الشافعي عن العراقيين، عن الحجاج، عن عطاء، عن ابن عباس قال: «لا تجوز الصدقة إلا مقبوضة»، ولم يذكر لفظ الهبة.
ورواه ابن أبي شيبة (٢٠١٣٧) بلفظ: «لا تجوز الصدقة حتى تقبض».
وأخرج سحنون في «المدونة» (٤٢٥/٤)، وابن حزم في «المحلى» (٦٥/٨)، وابن عدي في «الكامل» (٢٤٦/٧) عن سعيد بن المسيب، أن أبا بكر وعمر وعثمان وابن عباس وابن عمر قالوا: «لا تجوز صدقة حتى تقبض». وفيه محمد بن عبيد الله العرزمي وهو ضعيف بالاتفاق. انظر: «الكامل في ضعفاء الرجال» (٢٤٦/٧).
ويروى هذا الأثر مرفوعا إلى النبي ﷺ بلفظ قريب للفظ الذي أورده المصنف، ولا أصل له=

وأما ما روي عنه: «إذا أعلمت الصَّدقة جازت»(١). فمعناه: الصَّدقة الموقوفة، ليكون توفيقًا بين الروايتين.

ألا ترىٰ أنه لم يشترط الإقباض، وفي الصَّدقة المملوكة الإقباض شرطٌ.

وعن شريح: لا تصحُّ الصَّدقة إلا مقبوضةً مقسومةً(٢).

= قال الزيلعي في نصب الراية (١٢١/٤): «قال ﷺ: «لا تجوز الهبة إلا مقبوضة»، قلت: غريب، ورواه عبد الرزاق من قول النخعي، رواه في آخر الوصايا من مصنفه فقال: أخبرنا سفيان الثوري عن منصور عن إبراهيم، قال: لا تجوز الهبة حتىٰ تقبض، والصدقة تجوز قبل أن تقبض».

وقال ابن حجر: في «الدراية» (١٨٣/٢): «قوله ﷺ: «لا تجوز الهبة إلا مقبوضة». لم أجده وهو في آخر الوصايا من مصنف عبد الرزاق عن إبراهيم النخعي».

وقال العيني في «عمدة القاري» (٢٢٢/١٣): «منكر لا أصل له، بل هو من قول إبراهيم النخعي».

(١) لم أقف في الكتب المسندة علىٰ من نسبه لابن عباس. وقد روىٰ محمد بن الحسن في «الأصل» (٣٦٠/٣) عن أبي يوسف عن عيسىٰ بن المسيب عن الشعبي عن: علي وعبد الله بن مسعود - رضي الله عنهما - قالا: «إذا علمت الصدقة جازت».

وكذلك أخرج عبد الرزاق الصنعاني (١٦٥٩٥)، وابن أبي شيبة (٢٠١٣٤) عن القاسم بن عبد الرحمن، أن عليا، وابن مسعود كانا «يجيزان الصدقة وإن لم تقبض».

وروىٰ عبد الرزاق (١٦٥٩٦) وابن أبي شيبة (٢٠٥٠٤) عن إبراهيم قال: «إذا أعلمت الصدقة فهي جائزة، وإن لم تقبض» يقول: «عبدا قر أو أمة أو دارا وهذا النحو».

(٢) رواه أبو يوسف في الآثار (ص: ١٦٣، رقم: ٧٤٩) عن أبي حنيفة، عن الهيثم، عن شريح، «أنه كان لا يجيز الصدقة إلا صدقة مقبوضة».

وروىٰ عبد الرزاق (١٦٥٩١) عن الشعبي، أن شريحا، ومسروقا «كانا لا يجيزان الصدقة حتىٰ تقبض».

وروىٰ ابن أبي شيبة (٢٠١٢٩) عن وكيع، عن سفيان، عن أبي حصين، عن شريح، قال: «لا تجوز الصدقة حتىٰ تقبض».

وقال البيهقي في «معرفة السنن والآثار» (٥٢/٩): «وروينا عن معاذ وشريح أنهما كانا لا يجيزانها إلا مقبوضة».

❁ **فإن قالوا:** روي عن أنسٍ مثلُ قولنا(١).

❁ **قلنا لهم:** وأنسٌ لا يقلَّد، ولا يجوز معارضته بهؤلاء بلا خلافٍ بيننا وبينكم.

وعلىٰ أنا روينا الألفاظ مفسَّرة، وهذه روايةٌ مجملةٌ، لا لفظ فيها ليتأمَّل فيها، ولا يجوز معارضة المفسر بالمبهم، والله أعلم.

تم كتاب القسمة بحمد الله ومنه.

(١) روىٰ ابن أبي شيبة (٢٠١٣١)، والبيهقي في «سننه الكبير» (١٢٠٧٩)، وابن حزم في «المحلىٰ بالآثار» (٦٩/٨) عن النضر بن أنس، قال: نحلني أبي نصف داره، فقال أبو بردة: إن سرك أن تحوز ذلك فاقبضه فإن عمر بن الخطاب «قضىٰ في الأنحال أن ما قبض منه فهو جائز، وما لم يقبض منه فهو ميراث».

كتاب الدَّعوى

[بسم الله الرحمن الرحيم][1]

الدَّعوىٰ نوعان: دعوىٰ الحقِّ، ودعوىٰ الولد[2].

وبدأ **محمد بن الحسن** - رحمه الله - بدعوىٰ الحقوق والأملاك[3]، وأنها لا تثبت إلا بحجَّة، وهي أربعة أنواع:

البيِّنة، واليمين، واليد، والنُّكول.

أما البيِّنة واليمين فمرَّتا[4] في كتاب الشهادات، فنذكر[5] ههنا: النُّكول واليد، فنذكر كيفية الحجَّة، وشروطها، وحكمها، ثم نذكر الدعوة، وما يبتنىٰ عليها من الحكم، وسبب صحَّة الدعوة[6].

[1] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ص»، والمثبت من «ن».

[2] «ص» (دعوىٰ ملك، ودعوىٰ نسب).

[3] «ص» (بدعوىٰ الملك).

[4] «ص» (نذكرهما).

[5] «أ» (فذكر)، والمثبت من «ن». «ص» (وبقي النكول واليد، فيحتاج إلىٰ أن يذكر النكول واليد).

[6] «ص» (وما يثبت به من النسب).

فَصــل
النُّكول وحكمه

قال علماؤنا - رحمهم الله -: النُّكول حجَّة يقضىٰ بها[١].

وقال الشَّافعي - رحمه الله -: لا يكون حجَّة(٢).

واحتج بقول النبي ﷺ: «البيِّنة علىٰ المدَّعي، واليمين علىٰ من أنكر»(٣).

جعل فصل الخصومات بالبيِّنة أو باليمين، فمن فصل بالنُّكول فقد فصل

---

[١] «ص» (يجب بها القضاء).

(٢) انظر: «الأم» للشافعي (٧/٤١)، و«المهذب» للشيرازي (٣/٣٩٦).

(٣) الحديث قطعة من حديث رواه البخاري (٢٥١٤)، ومسلم (١٧١١) عن ابن عباس رضي الله عنهما - واللفظ لمسلم - أن النبي ﷺ قال: «لو يعطىٰ الناس بدعواهم، لادعىٰ ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين علىٰ المدعىٰ عليه».

وهو باللفظ الذي ذكره المصنف عند البيهقي في السنن الصغير (٣٣٨٦)، والسنن الكبير (٢١٢٠١)، ونصه: «لو يعطىٰ الناس بدعواهم لادعىٰ رجال أموال قوم ودماءهم، ولكن البينة علىٰ المدعي، واليمين علىٰ من أنكر».

قال النووي: في الأربعين: «حديث حسن، رواه البيهقي وغيره هكذا، وبعضه في الصحيحين».

ورواه البيهقي في السنن الصغير (٣١٠٣)، و«السنن الكبير» (١٦٥٤٢)، والدارقطني (٣١٩١) عن مسلم بن خالد الزنجي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «البينة علىٰ من ادعىٰ، واليمين علىٰ من أنكر، إلا في القسامة». قال ابن عبد الهادي في «تنقيح التحقيق» (٥/٧٤): «مسلم بن خالد تكلم فيه غير واحد من الأئمة، وقد اختلف عليه فيه». وقال ابن الملقن في «البدر المنير» (٨/٥١٣): «ومسلم هذا فيه مقال. وثقه قوم وضعفه آخرون، لا جرم قال ابن عبد البر في «تمهيده» بعد أن أخرجه من هذه الطريق: في إسناده لين». وانظر: «التمهيد» لابن عبد البر (٢٣/٢٠٥)، و«تنقيح التحقيق» للذهبي (٢/٣٢٦)، و«نصب الراية» (٤/٩٦)، و«البدر المنير» (٨/٥١٣).

بغير المشروع[١].

ولأن النُّكول سكوتٌ، فلا يكون حجَّة؛ قياسًا على السُّكوت عن جواب المدَّعي.

ولأن اليمين حجَّة المنكر[٢]، فلا يلزمه شيء بالإعراض عن حجَّته[٣]، كما لا يلزم المدَّعي شيء بالإعراض عن إقامة البيِّنة[٤].

ولأن السُّكوت في نفسه عدمٌ، فلا يكون حجَّة، ودلالته[٥] محتملةٌ؛ لأنه قد ينكل تحرجًا عن الكذب، وقد ينكل ترفعًا[٦]، وتورُّعًا، كما نكل عثمان وقال: «أخاف أن يوافقه قضاءٌ، فيقال: إن عثمان حلف كاذبًا»(٧).

ولَمَّا احتمل لم يكن حجَّةً، ولم تتعين جهة التحرج عن الكذب.

---

[١] «ص» زيادة (فمن جعل النكول حجة فقد زاد على قسمة الشرع، فلا يصح عندك؛ لأنه نسخ، وعندي لا يثبت إلا بدليل).

[٢] «ص» زيادة (بدلالة أن خصومة المدعي تنقطع بها، كما شرعت البينة على المدعي لإثبات جانبه، واليمين على من أنكر لإثبات جانبه، فإذا نكل المنكر فقد أعرض عن إقامة حجته).

[٣] «ص» زيادة (لم يكن لازما عليه).

[٤] «ص» زيادة (لكن لا يستحق مع الإعراض ما كان يستحقه بإقامة الحجة، فلا تندفع عنه الخصومة، بل هي جانبه باحتمال النكول ليحرج، فيصير الظاهر للمدعي، فيصير يمين المدعي حجة لمن يشهد له الظاهر).

[٥] «أ» «ن» (دلالة)، والمثبت من حاشية «أ». وفي «ص» (وفي معناه محتمل).

[٦] في حاشية «أ» (تبرعا).

(٧) رواه الشافعي في الأم (٣٨/٧) ـ بلاغا ـ أن عثمان ﷺ: ردت عليه اليمين على المنبر فاتقاها، وافتدى منها. وقال: «أخاف أن يوافق قدر بلاء. فيقال: بيمينه».
ورواه البيهقي في السنن الكبير (٢٠٦٩٨) بسنده إلى الشافعي. وانظر: «معرفة السنن والآثار» (٣٠٠/١٤)، و«شرح السنة» للبغوي (١٤٤/١٠)، و«الاستذكار» (١٢٩/٧) و«نصب الراية» (١٠٣/٤).

ولا معنىٰ بأن يقال بأن[١] اليمين حجَّة المدَّعي، بدليل قول النبي ﷺ للمدَّعي: «ألك بيِّنة» فقال: لا. فقال: «لك يمينه»(٢) فجعل اليمين له بدلًا عن البيِّنة.

وبدليل أنه لا يستوفي إلا بطلبه، وليست بحجَّة له من حيث يحلف[٣]؛ لأن حقَّه يفوت به، فثبت أنه حجَّةٌ له من حيث ينكل، وذلك لأنا نجعل اليمين حقًّا له بقول النبي ﷺ.

وبدليل أنه يستوفيه بطلبه بدلًا عن المال الذي يدَّعيه، لا عن البيِّنة، كأن النبي ﷺ قال له: ألك بينة لتأخذ حقَّك الأصلي. فقال: لا. فقال: لك يمينه بدلًا عن المال لتهلكه باليمين الفاجرة[٤]، كما هو أهلك مالك بالإنكار. ليقابل إهلاكًا بإهلاك إن عجزت عن الاستيفاء بعينه.

وهذا كما شرع القصاص في قتل العمد إهلاكًا بإهلاك، لَمَّا وقع العجز عن استيفاء عين الحقِّ أو مثله حياةً بحياةٍ.

فإذا منعه هذا الحق ـ وهو اليمين ـ وصار الظَّاهر للمدَّعي أمكنه إثبات أصل الحقِّ بيمينه[٥]، لا من حيث يقضىٰ[٦] له بالحقِّ.

---

[١] في حاشية «أ» (له).

(٢) تقدم تخريجه.

[٣] كلمة غير واضحة في حاشية «أ».

[٤] في حاشية «أ» زيادة (إن كان).

[٥] في حاشية «أ» (فيبطل حقه في اليمين، كما لو قدر علىٰ البينة أو نقول: اليمين حقه من حيث ينكل فيتمكن من إثبات الحق بيمينه).

[٦] «أ» (نفس)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

ولأن حجَّة المدَّعي من جانب المدَّعىٰ عليه إقراره، فلو جعل النُّكول حجَّة لصار[١] من هذا الوجه، ولو صار إقرارا لما صحَّ الرجوع عنه[٢]، وبالإجماع يصحُّ قبل القضاء[٣].

وكذلك لا نسلِّم أن المدَّعي استحقّ علىٰ المدَّعىٰ عليه جوابًا يفصل به الخصومة، وذلك: الإقرار، أو الإنكار واليمين؛ لأن[٤] الفصل عندنا بالإقرار، أو باليمين، أو بالنُّكول ويمين المدَّعي، وقد حصل.

ولنا[٥] في المسألة إجماع الصحابة.

روي عن حماد بن زيد عن كثير بن جُهمان[٦] عن عطاء عن عمر: أن امرأة ادعت علىٰ زوجها أنه قال: «لها حبلك علىٰ غاربك». فحلَّف عمر الزَّوجَ بالله: ما أردتُ به طلاقا. فنكل، فقضىٰ عليه بالفرقة. وكان شاور عليا - رضي الله عنهما -(٧).

---

[١] في حاشية «أ» (إقرار).

[٢] «ص» (فلو كان النكول حجة له علىٰ المنكر لصار من حيث الإقرار بحمل النكول علىٰ التحرج، ولو جعل حجة من هذا الوجه لما صح الرجوع عنه).

[٣] «ص» زيادة (فثبت أنه ليس بحجة عليه للمدعي، فلا يستحق المدعي المال بغير حجة، فدل ذات السكوت بسببه ومعناه أنه ليس بحجة، والحادث لا يعد، وهذه الوجوه).

[٤] في حاشية «أ» (وذلك).

[٥] «ص» زيادة (ولنا قول النبي ﷺ: «البينة علىٰ المدعي واليمين علىٰ من أنكر» جعل فصل الخصومة بينة المدعي أو يمين المنكر، لا غير، وقد عدمت البينة، فيجب أن يقع الفصل بيمين المنكر، وكذلك بالقطع إذا حلف، وبالإيجاب إذا نكل، فإن الإيجاب عند النكول بسبب اليمين عندنا علىٰ ما نذكر، فلم تكن زيادة علىٰ النص، ومن لم يجعل النكول حجة لما فصل بيمين المنكر، بل بيمين المدعي، فكان خلافا، وفي المسألة إجماع الصحابة...).

[٦] «ص» (دهمان).

(٧) رواه ابن أبي شيبة (١٧٩٨٦)، وسعيد بن منصور في «سننه» (٦/٣١٩، رقم: ١١٥٣)،=

وعن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - أنه باع جاريةً فطعن[1] المشتري بعيبٍ، فاختصما إلىٰ عثمان - رضي الله عنه -، فحلَّف عبدَ الله بن عمر، فنكل، فقضىٰ عليه بالرد(٢).

= والبيهقي في «سننه الكبير» (١٥١١٨)

ولفظ سعيد بن منصور: عن عطاء، أن رجلا قال لامرأته: حبلك علىٰ غاربك، فأتىٰ عمر بن الخطاب فذكر ذلك له. قال هشيم: قال عبد الملك من بين القوم: فأرسل إلىٰ علي بن أبي طالب رضي الله عنه: وافني في الموسم، فوافاه به فأقامه بين الركن والمقام ثم «استحلفه ما أراد بقوله؟» فقال: أما إنها ابنة عمي وأكرم الناس علي، ولو أقمتني في غير هذا المقام لعلي، فأما إذ أقمتني في هذا المقام، فإنما أردت فراقها، «ففرق بينهما».

وليس في هذه الرواية، ولا في التي بعدها أن الرجل نكل عن الحلف، وأن عمر قضىٰ بنكوله.

وفي موطإ مالك ت الأعظمي (٧٩١/٤، رقم: ٢٠٢٦) أنه بلغه أنه كتب إلىٰ عمر بن الخطاب من العراق، أن رجلا قال لامرأته: حبلك علىٰ غاربك، فكتب عمر بن الخطاب إلىٰ عامله أن مره يوافيني بمكة في الموسم، فبينما عمر يطوف بالبيت إذ لقيه الرجل فسلم عليه، فقال عمر: «من أنت»؟ فقال: أنا الذي أمرت أن أجلب عليك فقال له عمر: «أسألك برب هذه البنية، ما أردت بقولك: حبلك علىٰ غاربك؟ فقال له الرجل: لو استحلفتني في غير هذا المكان، ما صدقتك؟ أردت بذلك الفراق، فقال عمر بن الخطاب: «هو ما أردت» والقصة رواها ــ أيضا ــ عبد الرزاق (١١٢٣٢)، وسعيد بن منصور في «سننه» (٣١٩/٦، رقم: ١١٥٢)، والبيهقي في «سننه الكبير» (١٥١١٧).

وليس في هذه الرواية ذكر لعلي - رضي الله عنه -. وانظر: «البدر المنير» (١١٥/٨)، و«التلخيص الحبير» (٢٤٦١/٥).

[١] «ص» (فظفر).

(٢) المشهور في القصة أنه باع غلاما له بثمانمائة درهم، ولم أقف علىٰ من ذكر أنها جارية، والأثر رواه مالك في «الموطأ» (٨٨٥/٤، رقم: ٢٢٧١)، وعبد الرزاق (١٤٧٢١)، وابن أبي شيبة (٢١٢٠١)، والبيهقي في «سننه الكبير» (١٠٨٩٧).

ولفظ الموطإ: عن يحيىٰ بن سعيد، عن سالم بن عبد الله، أن عبد الله بن عمر باع غلاما له بثمانمائة درهم، وباعه بالبراءة فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر: بالغلام داء لم تسمه لي، فاختصما إلىٰ عثمان بن عفان، فقال الرجل: باعني عبدا، وبه داء لم يسمه، وقال عبد الله:=

وعن ابن أبي مليكة أنه كان قاضيًا بالبصرة، فاختصم إليه امرأتان أصابت إحداهما عين صاحبتها بالإشْفَىٰ[١]، [فكتب إلىٰ ابن عباس فيه][٢]، فكتب إليه[٣]: «أن أحضر المدَّعىٰ عليها، واقرأ عليها: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَٰنِهِمْ﴾ الآية [آل عمران: ٧٧] ثم حلِّفها، فإن حلَفت برئت، وإن نكلت فألزمها الدِّية»(٤). وهو مذهب أبي موسىٰ [الأشعري][٥].

وعن شريح[٦] أن المنكر طلب منه ردَّ اليمين على المدَّعي. فقال: ليس لك إليه سبيل. فقال له علي رضي الله عنه: قالون. وهو أصبت بالرومية[٧](٨).

= «بعته بالبراءة»، فقضىٰ عثمان بن عفان، علىٰ عبد الله بن عمر أن يحلف له لقد باعه العبد، وما به داء يعلمه، فأبىٰ عبد الله أن يحلف، وارتجع العبد، فصح عنده، فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم». والأثر صحيح. انظر: «الجوهر النقي» (٥/٣٢٨)، و«البدر المنير» (٦/٥٥٨).

[١] «ص» (بالأسفا). في «عمدة القاري» (١٨/١٤٢): «الإشفىٰ بكسر الهمزة وسكون الشين المعجمة وبالفاء مقصورا وهو: مثل المسلة له مقبض يخرز بها الإسكاف».

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» وحاشية «أ».

[٣] في حاشية «أ» (عليه).

(٤) رواه البخاري (٤٥١٤)، ومسلم (١٧١١)، ولفظ البخاري: عن ابن أبي مليكة، أن امرأتين، كانتا تخرزان في بيت أو في الحجرة، فخرجت إحداهما وقد أنفذ بإشفىٰ في كفها، فادعت علىٰ الأخرىٰ، فرفع إلىٰ ابن عباس، فقال ابن عباس: قال رسول الله ﷺ: «لو يعطىٰ الناس بدعواهم لذهب دماء قوم وأموالهم»، ذكروها بالله واقرءوا عليها: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ﴾ [آل عمران: ٧٧] فذكروها فاعترفت، فقال ابن عباس: قال النبي ﷺ: «اليمين علىٰ المدعىٰ عليه».

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٦] «ص» (وروي أن رجلان اختصما إلىٰ شريح، فقال المنكر لشريح: ...).

[٧] «ص» زيادة (فهذه قضايا مشهورة لم يرد في معارضتها رد فيصير إجماعا).

(٨) رواه الدارمي (١/٦٣٠، رقم: ٨٨٣)، وابن أبي شيبة (١٩٦٤١)، وسعيد بن منصور في «سننه» (٦/٣٥٠، رقم: ١٣٠٩)، والبيهقي في «سننه الكبير» (١٥٥٠٢). ولفظ الدارمي: عن عامر الشعبي قال: جاءت امرأة إلىٰ علي تخاصم زوجها طلقها، فقالت: قد حضت في شهر ثلاث=

ومن لم ير النُّكول حجَّة يردُّ[١] اليمين، ومن لم يردَّ اليمين فصل بالنُّكول، ولا يعطِّل المنازعة.

والمعنى في المسألة[٢]: أن العدل هو الحقُّ في فصل كل خصومةٍ ومنازعةٍ،

= حيض، فقال علي لشريح: اقض بينهما، قال: يا أمير المؤمنين، وأنت هاهنا؟ قال: اقض بينهما، قال: يا أمير المؤمنين وأنت هاهنا؟ قال: اقض بينهما، فقال: إن جاءت من بطانة أهلها ممن يرضى دينه وأمانته تزعم أنها حاضت ثلاث حيض تطهر عند كل قرء وتصلي، جاز لها وإلا فلا، فقال علي: قالون، وقالون بلسان الروم: أحسنت.

والأثر علقه البخاري في «الصحيح»: (٧٢/١). قال ابن حجر في «فتح الباري» (٤٢٥/١): «رجاله ثقات وإنما لم يجزم به للتردد في سماع الشعبي من علي». وانظر: «التحجيل» (ص: ٥٢).

[١] «أ» (رد).

[٢] «ص» زيادة (والمعنى في المسألة: أن اليمين حق المدعي بدلالة قول النبي ﷺ للمدعي: ألك بينة؟ فقال: لا. فقال: «لك يمينه» أضافها إلى المدعي بظاهر الكلام للتمليك فلأن إضافة اليمين كانت خلفا عن إضافة البينة، والبينة حقه، فكانت اليمين كذلك.

وبدلالة أن اليمين لا تستوفى من المنكر إلا بطلب من المدعي، وما لا يستوفى إلا بطلب العبد يكون حقه، ثم إنها ليست بحق له من حيث يحلف؛ لأن خصومته تنقطع بالحلف، فثبت أنها حقه من حيث تتكمل، وإنما تصير حقه من هذا الوجه جيء به حقه فيما ادعى ليصير حقا له من حيث إنه سبب حياة حقه، وكان حجة له كالبينة.

ولأن الشرع لما نقل الحكم من البينة إلى اليمين، دل ظاهر النقل إليه بعدم الأول أن الثاني بدل عن الأول، كالتراب من الماء، والأشهر من القرء، والصوم من العتق في الكفارة، والبدل ما يعمل عمل الأصل بوجه ليقوم مقامه من ذلك الوجه. فأما ما لا يعمل عمل الأصل بوجه فلا يكون بدلا عنه بوجه، والأصل حجة للمدعي على حقه، فيجب أن يعمل اليمين عمله بوجه، ولا يعمل عمله إذا حلف، علم أنه يعمل عمله إذا نكل. فأما أن يصير يمين المدعي حجة فليس من حكم البينة في شيء لتثبت البدلية في هذا الحكم، ولهذا لا يجب به الحق إلا بعد القضاء كالبينة.

واستدلال آخر من كينونة اليمين حقا للمدعي أن نفس اليمين حقه استيفاء بدليل الجبر. وبدليل أنه يستوفي عين اليمين منه بطلبه، فإذا نكل فقد منعه حقه مع القدرة على الحلف، فصار ظالما،=

....

= فثبت للقاضي ولاية إزالة ؛ لأنه نصب لهذا ، وذلك باستيفاء عين الواجب من الظالم إن أمكنه ، والإسقاط عنه يرفع سبب الوجوب عليه ؛ لأن الخروج من الظلم بالبراءة عن الحق الواجب ، وكذلك بالإيفاء أو رفع سبب الوجوب ،
فكذا القاضي لما ثبت له ولاية إزالة الظلم عليه بالقضاء أخرجه عن الظلم بعين الإيفاء إن أمكن ، وإن تعذر ، ورفع سبب الوجوب إن أمكن ، وههنا الإزالة بعين الواجب غير ممكن ؛ لأن اليمين مما لا تجزئ [كذا ولعلها: تجري] فيه النيابة قربة [لم تضبط بالنقط] عن الحق بقطع السبب الذي تجري فيه النيابة ، وهو إيصال المدعي إلى عين ما ادعاه.
هذا كما قلنا في خيار العيب ، فإن حق المشتري في الجزء الفائت الذي استحقه بالعقد ، لا في الفسخ ، إلا أن البائع إذا لم يسلمه إليه صار ظلما [كذا ، ولعلها: ظالما]. والقاضي لم يمكنه إزالة الظلم بتسليم الفائت أزال الظلم بسبب يرفع استحقاقه ، وهو البيع ، فإنه ممكن.
وكذلك قالوا في ظلم التعاليق إذا ثبت من الزوج إما بالعنة عندنا ، أو بالإيلاء على أصل الخصم ، فإن القاضي يفرق بينهما ، ويكون طلاقا بلا خلاف ؛ لأن حق المرأة قبله بالنكاح الإمساك بالمعروف الذي فيه الازدواج ، وبه يقوم معنى النكاح ، وحكمه لا في الفراق الذي هو قطع النكاح لأن العقد لا يوجب ما يقطعه إلا أن الزوج لما منعها الإمساك بالمعروف بوجه صار ظالما لما شرعت ، فثبت للقاضي ولاية إزالة الظلم ، وقد عجز عن الإزالة بعين الواجب ؛ لأن الجماع لا تجري فيه النيابة فيزول سبب بقطع [كذا ، ولعلها: فيزيل بقطع سبب] الوجوب ، وهذا النكاح على سبيل النيابة عن الزوج ، وقطعه بنيابة من قبله لا يكون إلا طلاقا ؛ لأنه لا يملك التفريق إلا بطلاق.
وكذلك ههنا إذا عجز القاضي عن إزالة الظلم باليمين نفسها نظر إلى سبب وجوب اليمين ، وهو منع المنكر المال عن المدعي بإنكاره ، فما لليمين سبب غير هذا ، فأسقط اليمين عنه بقطع هذا السبب ، فأبطل المنع ، وقضى بالمال على سبيل النيابة عن المدعى عليه ، كأنه أمره بذلك ، ولهذا لا يثبت إلا بالقضاء ؛ لأن القضاء يقوم مقام تطليق الزوج ، وبدله.
فإن قيل: إن اليمين عينها لا يجوز أن تكون حقا للمدعي ؛ لأن خصومته تنقطع باليمين ، وما يبطل حق الإنسان لا يكون حقه.
قلنا: إنا لم نجعله حقا له من هذا الوجه ، ولكن من حيث ينتفع به ؛ لأن اليمين الكاذبة شرعت مهلكة حكما ، فالله ﷻ لما علم من عباده منع الأموال وأتواها [لم تضبط بالنقط] بالارتكان شرع=

....

= الأيمان المهلكة حقا للمدعي عند الإنكار ليتأمل المنكر في عاقبة اليمين فلا يحلف هو بالمال، فيجيء حق المدعي بالانزجار عن اليمين، وإن لم يتأمل، وأنكر حلف يبقى [كذا؟] صاحب صدره بأن جازاه بما أهلكه حكما في زعمه حقيقة ليكون إهلاكا بإهلاك، وكان حكم الفرض منه إحياء الحق بالانزجار على ما عليه حكم العقل، فلم يخل جعل اليمين حقا للمدعي عن فائدة تعود إليه ابتداء وانتهاء.

وهذا كما شرع الله تعالى القصاص حقا لولي القتيل، وفيه إتلاف لا غير، وأخبر أنه شرعه للحياة، فقال ﷺ: ﴿وَلَكُمۡ فِي ٱلۡقِصَاصِ حَيَوٰةٞ﴾ [البقرة: ١٧٩]؛ لأن العاقل متى تأمل في عاقبة قتله بغير حق، وعلم أنه يقتل قصاصا انزجر فيحيى به. ذلك الذي قصد، وإن لم يقصد تسفها [لم تضبط] قتله الولي فشفي صدره بإهلاك مثل إهلاكه.

وكذلك هذا؛ إلا أن في اليمين الغموس إهلاكا حكما، وإنه يجري مجرى الحقيقة.

ألا ترى أن من أكره آخر على قتل رجل بسيف كان المكره كالمباشر.

وكذلك القاضي إذا قضى بقتل شهود وقتل [كذا؟] انتقل التلف إلى الشهود؛ لأنهم القاضي بتلف حكم، ولو لم يقض، وهو الآثم، فانتقل الفعل عن القاضي، كما لو ألزم القتل بتلف حسي، فثبت أن اليمين يجوز أن تكون حقا له من هذا الوجه، كالقصاص سواء.

فإن قيل: إن سلمنا أن اليمين حقه فلا نسلم أن سبب الوجوب له إنكار الحكم ليجب على القاضي إخراجه عن النهي بدفع الإنكار، والقضاء بالمال.

قلنا: أليس إذا أقر لم يلزمه النهي، إذا أنكر لزمه، فلما لزمت عقيب الإنكار علم أنه هو السبب من طريق الظاهر على أنه يؤثر فيه.

وذلك لأن النبي ﷺ شرع البينة واليمين حجة للفصل، والحاجة إلى الحجة لإثبات الدعوى إنما يقع بالإنكار، فالإنكار يجعل الدوى بحيث لا تثبت إلا بحجة، فيصير هو السبب الذي يضاف إليه الوجوب، كما في علة العلة، على ما عرف في غير هذا الموضع، ولما ذكرنا أن الشرع لما عرف منا إتواء المال بالإنكار، وشرع النهي لصاحبه جزاء على ذلك.

فإن قيل: هذا لا يشبه النكاح؛ لأن الله ﷻ أثبت للمرأة على الزوج الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان نصا، فإذا مات أحدهما بالمنع بغير [لم تضبط] الآخر، وأما ههنا فحق المدعي في اليمين لا غير. فأما المال فما صار حقا له بالدعوى، لما كان الحق عينا في اليمين، فإذا منعه=

والعدل الثَّابت شرعًا في دعاوىٰ المال وما يستباح بالبذل أن للمدَّعي حقَّ أخذِ ما يدَّعيه لنفسه إذا لم يكن مع ذلك الشَّيء مانعٌ.

فإذا أنكر المدَّعىٰ عليه حقَّه وكذَّبه فيما قال، حتىٰ منع المدَّعىٰ عليه بإنكاره نقَل الشَّرع الحقَّ المدَّعي عن أخذ ما ادَّعىٰ إلىٰ يمين المنكر، فصارت اليمين حقًّا له بإنكاره بدلًا عما ادَّعاه، فإذا نكل، ومنعه اليمين صار ظالِمًا بمنع ما لزمه بالإنكار خلَفًا عمَّا ادَّعاه، فوجب علىٰ القاضي إزالة ظلمه بردِّ المدَّعي إلىٰ أصل حقِّه إذا لم يمكنه الإيفاء بعين الواجب، وهو اليمين.

كالمرأة إذا تزوجت فمنعها الزَّوج الإمساك بالمعروف، فإنه يصير ظالما،

= لم يصر ما لم يكن حقا له من المال حقه، بل بقي علىٰ ما كان، والقاضي لا يمكنه إيفاؤه حقه؛ لأنه باب لا تجري فيه النيابة، فطلب للمدعي مخلصا آخر، وهو الاستحقاق بيمينه لشهادة الظاهر، فإن الإنصاف لا يكون إلا بإيفاء الحق، والحق لا يثبت إلا بحجة، وما علىٰ المال حجة إلا الدعوىٰ.

قلنا: هذا الكلام قائم بنفسه من الوجه الذي قلنا: إن البراءة عن الحق إما أن تكون بإيفاء الواجب وقطع سبب الوجوب علىٰ أن باب النكاح حجة فإن المرأة لا تستحق بالنكاح الفراق فإنه صدره، فعلمنا أن الآية ﴿فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ﴾ [البقرة: ٢٢٩] ليس علىٰ طريق أن الواجب أحدهما بالنكاح، بل الواجب بالنكاح ما يحقق الازدواج بينهما من النفقة والجماع عينا، إلا أن الزوج ربما يظلمها لمنعها حقها، والقاضي يعجز عن إيفاء حق العين؛ لأنه لا تجري فيه النيابة، فيخرج الزوج عن الحق بقطع سببه، وهو النكاح، فلما كان مآل الأمر عند القاضي أحدهما وبأحدهما يتوفر الحق سمي باسم المال ابتداء، ولكن في مسألتنا المال بالثمن، أو المال، فيسمىٰ بذلك مجازا ابتداء، فأما علىٰ الحقيقة فالواجب الدعوىٰ اليمين عينا، ولكن بسبب الإنكار حال عدم البينة كالجماع للمرأة عبر بالنكاح بمن [لم تضبط] متىٰ ظلم بالمنع أخرجه القاضي عن الظلم بقطع سبب الحق الواجب النكاح، والإنكار ههنا فيجعل الإنكار إقرارا، والمنع بدلا، والنكاح طلاقا، لا أثر للظلم في التمكين من إقامة الحجة، ولهذا صح الرجوع قبل القضاء؛ لأن الإقرار يثبت بالقضاء لا بالنكول، فإنه ظلم كالطلاق في باب النكاح لا يثبت إلا بالقضاء، والله أعلم).

ويجب على القاضي القضاء بالتسريح بالإحسان؛ لأن حقها الأصلي [إن كانت مالكة نفسها، وفات بعض المالكية بالنّكاح إلى خلف، وهو الإمساك بالمعروف، فإذا منعها الزّوج ذلك صار ظالما، ولزم القاضي إزالة الظلم بردّها إلى حقها الأصلي][١] برفع النّكاح لتعذّر الإيفاء من حيث الجماع.

وكذلك المشتري إذا وجد السّلعة معيبًا، ورفع الأمر إلى القاضي، [لزم القاضي][٢] أن يردّ البيع؛ لأن أصل حقّ المشتري رأس مالٍ، وفات عنه بالبيع إلى مبيعٍ سليمٍ عن العيوب، فإذا منع البائع سلامةَ المبيع صار ظالِمًا بحقّ المبايعة، فلزم القاضي عند تحقُّق عجزه عن إيفاء السلامة ردُّ المشتري إلى رأس ماله بردّ البيع.

وهذا لمعنيين مؤثرين:

أحدهما: أن القاضي نصب لإزالة الظلم بأيسر ما يمكن على سبيل الولاية على المظلوم بتولية الشّرع، فالشّرع نصبه لإزالة الظّلامات بقدر الممكن، ولما تعذّر على القاضي النّيابة عن المظلوم بما انتقل[٣] إليه من اليمين، والإمساك بالمعروف، وسلامة المبيع، وأمكن النّيابة بالردّ إلى الأصل= ناب فيما قبِل النّيابة، ليصل ذو الحقّ إلى حقّه للحال، بلا تأخير.

والثّاني: أن القاضي[٤] لما صار نائبًا له بدلًا عن الأوّل شرعًا ليكون عدلًا، فإذا منعه البدل، وأبطل عدل الشّرع، عاد إلى الأصل، على ما هو الأصل في

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من حاشية «أ».

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من حاشية «أ».

[٣] في حاشية «أ» (بإيفاء ما انتقل).

[٤] في حاشية «أ» (الثاني).

المبادلات التي تحتمل الفسخ، ولهذا قلنا الحوالة تبطل بالإفلاس؛ لأن الذِّمَّة الثَّانية بدلٌ عن الأولىٰ، فإذا لم يسلم منها عاد إلىٰ[١] الأوَّل.

وإنما قلنا: حق المدَّعي أخذ ما ادعىٰ في دعوىٰ المال ونظيره؛ لأن المال خُلق بذلة لنا في الأصل، فإنه مباحُ الأخذ قبل إحراز النَّاس ومنازعتهم، فصار بأصل الخلقة حقًّا لمن يدَّعيه أنه له بإيجاب الله له.

ولأنه أخذه بأنْ خلقه له، ولولا المنازعة من ذي اليد لأُطلق له الأخذ، فكما خُلق الحرُّ مالكَ نفسه خُلق مالكَ ما يدَّعيه من جملةِ ما خُلق مباحًا للناس.

وإنما يفوت حقُّ الآخذ[٢] بمنازعة ذي اليد وإنكاره، والشَّرع لم يفوِّته أصلا، بل نقَله إلىٰ اليمين. قال النبي ﷺ للمدَّعي: «ألك بيِّنة» فقال: لا. فقال: «لك يمينه»(٣).

ولأن القاضي لا يستحلفه إلَّا بطلبه، وهذا علامة الاستحقاق، فثبت أنه نظير ما قلنا من النِّكاح والشِّراء.

ولأن[٤] الدَّعوىٰ خبرٌ مثلُ الإنكار سواء في احتمال الصِّدق والكذب، فلا يجوز ترجيح أحدهما، ووجب إثبات المعارضة، وبقي كل واحد صادقًا في حقِّ نفسه، كاذبًا في حقِّ الآخر، فجعل الشَّرع البيِّنة علىٰ المدَّعي ليثبت علىٰ المنكر، فإن عجز جُعل له يمينه بالعدل.

---

[١] في حاشية «أ» (لأولىٰ).

[٢] «أ» (الآخر)، والمثبت من «ن».

(٣) تقدم تخريجه.

[٤] في حاشية «أ» زيادة (وهذا).

كأنه يقول: إن كنت صادقا، وأتوىٰ المنكر مالك بالإنكار، جعلت لك يمينه، حتىٰ إن حلف كاذبا توىٰ إثما فيكون توأً بتواءٍ[١]. كما في القتل قصاصا إتلافٌ بإتلافٍ. وإن نكل عاد حقُّك الذي تدَّعيه، لتصل إلىٰ عين حقِّك، أو المجازاة علىٰ ما قلنا.

ويقول للمنكر: إن كنت صادقًا أصبت ثواب الله بأن أطعت الشَّرع في الحضور[٢]، وإن نكلت حتىٰ قضي عليك كنت مختارا في التزامه، فالشَّرع أطلق لك اليمين[٣] صادقًا، فلم يكن ما لحِقك ضررٌ من جهة الشَّرع.

فهذا هو العدل البليغ من قاضٍ لا يعرف الغيب، فصارت اليمين حجَّة للمنكر من حيث يدفع المدَّعىٰ عنه، وحقًّا للمدَّعي من الوجه الذي قلناه، حتىٰ كان عدلًا من الجانبين.

ولأنه ثبت بما قلنا أن اليمين صار حقًّا للمدَّعي إذا عدم البيِّنة، وليست بأصلٍ؛ لأنه لا يدَّعيها، فثبت أنه خلَف عن أصلٍ، والأصل ما ادَّعاه.

وليس هذا كنكول المرأة عن أيمان اللعان؛ لأنها حدٌّ وجبت أصلًا، لا خلَفا، فلا يمكن الإيفاء إلا بها.

وكذلك اليمين في دعوىٰ القصاص؛ لأن المدَّعىٰ عليه لو قال: «إني لا أعرف ما تقول، ولا أنازعه فيما يدَّعي» لم يمكنه القاضي من القتل، لعصمةٍ أوجبها الله حقًّا للآدمي عن التَّناول إلَّا بذنب.

---

[١] «ن» (بوىٰ إثما فيكون بوأ ببواء).

[٢] في حاشية «أ» زيادة (والجواب واليمين بلا ضرر).

[٣] «أ» (الملك).

بخلاف المال فإن ذا اليد لو قال: «إني لا أعرف ما تقول، ولكني لست بمنازع إياك على أخذك» مكّن القاضي المدَّعي عن أخذه.

فثبت أن اليمين في دعوى القصاص لم يجب خلفا عن حقٍّ له في القتل، ولكن وجب أصلًا للمدَّعي بنفس الدَّعوى بلا بيِّنة تعظيما لأمر الدم[١]. كما في قتيل محلّة تجب القسامة مع الدِّية، ولما وجب أصلًا لم يمكن الإيفاء إلَّا بها عينها، فيحبس حتى يحلف[٢].

ولهذا قلنا في مانع الزَّكاة: إن القاضي يحبسه حتى يؤدي، ولا يأخذ بنفسه؛ لأن الزكاة لا تتأدَّى بمثله.

❁ فإن قيل: الواجب على الزَّوج الإمساك بالمعروف، أو التسريح بالإحسان نصًّا، فخيَّره الله تعالى بين أحد أمرين، فإذا أبى أحدَهما تعيَّن الآخرُ.

❁ قلنا: قول الله: ﴿فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩] ليس على التخيير، ولكن على معنى أنه ليس له منع الأمرين، وأن عليه الإمساك بالمعروف عينًا، فإن لم يفعل لزمه الآخر على الترتيب، للعلَّة التي قلنا.

وتلك العلَّة موجودةٌ فيما نحن [فيه][٣]، فيجب كذلك قياسًا على النص، أو يُراد به هذا مجازًا، على معنى أن الثَّابت للزوج أحدهما، وهو كقولك: «لا صلاة إلَّا بوضوء أو تيمم» لكن على الترتيب، دون التخيير.

«ولا براءة للغاصب إلَّا برد العين أو مثله» لكن على الترتيب دون التخيير.

---

[١] في حاشية «أ» (الدماء).

[٢] في حاشية «أ» زيادة (لما لم يجز فيه نيابة من القاضي).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من حاشية «أ».

ويقال للمدَّعي: «شاهداك أو يمينه»[١].

❊ فإن قيل: إنما صار اليمين حقًّا للمدَّعي[٢] ليستحلفه لينكل، فتصير يمينه حجَّة، وقد ثبت.

❊ قلنا: هذا إحالةٌ إلىٰ مذهبك بلا دليلٍ، ونحن ننكر هذا، فلا يلزمنا، وأما علىٰ أصلك فقد أبطلناه نحن عليك في موضعه.

ثم الجواب أن ما قلناه قياسٌ صحيحٌ؛ لأنا وجدنا له شواهد علىٰ الاتِّفاق، وما قلته أنت لا شاهد لك علىٰ أصلنا مما نتَّفق عليه، فيكون ما قلناه أولىٰ.

ولأن ما قلناه قياسٌ صحيحٌ مطَّردٌ في باب المعاوضات أجمع، وما قلته لا نظير له؛ لأن يمين المدَّعي لم تكن حجَّةً له في الأصل بطل بالإنكار إلىٰ يمين

---

[١] في حاشية «أ» زيادة (فإن قيل: المنكر إذا حلف ثم جاء المدعي بالبينة ليستوفي حقه، وقد استوفىٰ اليمين.

قلنا: لحال ضرورة عدم الوصول إلىٰ عين ماله نقل الشرع إلىٰ اليمين ليتلفه باليمين، كما أتلف هو بالإنكار ماله لا بدلا عن ماله، فما في اليمين مماثلة بالمال، فإذا أصاب حجة المال وهو غير مستوف كان له الاستيفاء، وبقي له وبال اليمين علىٰ الحالف إن كانت فاجرة؛ لأنه شيء التزمه باختياره، وكان الحق عليه أن لا يحلف ويبذل المال كرجل يفدي عن الصوم ثم يقدر فإنه يعيد؛ لأن الفدية ليست بصوم، ولا مثله معنىٰ، ولكن اكتفي بها لضرورة العجز، فإذا زال لزمه الأصل؛ لأنه لم يؤد بعد، ولا مثله.

بخلاف ما إذا أدىٰ الكفارة بالصوم ثم قدر علىٰ الحال لم يقض؛ لأن الواجب كفارة والصوم يحصل كفارة فلما أدىٰ عين الواجب بالبدل لم يجب بالأصل، كمن أدىٰ زمان الغصب بالقيمة لا يجب بالأصل مع قيام القيمة مؤداة.

وفيما نحن ؟؟ [كذا، ولعل «فيه» ساقطة] الواجب مال، وباليمين لم يؤده، ولا بد له كما إذا وجب الصوم لا صوم كفارة فأدىٰ بالمال لزمته الإعادة إذا برئ؛ لأنه ما أدىٰ الصوم بوجه ولا مثله).

[٢] «أ» (حقا له).

المنكر، ليعود إليه إذا منعه هذه اليمين الثَّابتة.

وإنما ثبتت يمينه حجَّةً الآن ابتداءً، وإنا لا نجد في الأصول نظيرًا له، فقد ذكرنا أن يمين المنكر حق المدَّعي، وقد منعه بالنُّكول، ومن منع حقًّا وجب عليه لم يكن ذلك المنع سببًا لصيرورة ما لم يكن حجَّة للمظلوم حجَّة يمنعه[١] وظلمه، بل الظلم بالمنع سببٌ لثبوت ولاية القاضي عليه في إزالة الظلم عن المظلوم بقدر الممكن، إما بإيفائه عين الحقِّ، أو بدله، على ما ذكرنا، أو حبسه ليخرج عن الحقِّ إذا لم يقدر القاضي بنفسه.

ولأن الشَّرع جعل عين[٢] اليمين حقَّه، وأنت تجعله سببًا إلى حقٍّ آخر، وهو أخذ الحقِّ بيمينه.

ويمثل هذا المعيار يتبيَّن صحيح القياس من فاسده، فلا قياس للخصم في الباب يعارضنا في هذا المحلِّ سوى إنكار أن النُّكول له ليس بحجَّةٍ؛ لأنه سكوتٌ، ونحن لم نجعله حجَّة؛ لأنه سكوت، ولكن للوصف الذي قلناه، وقد عدم ذلك في السُّكوت عن جواب الخصم، فالجواب ليس ببدلٍ عن شيءٍ هو للمدَّعي.

ولأنا جعلنا السُّكوت إنكارًا، فحصل الجواب الذي استحقَّه بالدَّعوى، والنُّكول ههنا ليس بيمين، ولا حقٍّ استحقَّه المدَّعي بإنكاره.

وكذلك لا يقضى به من حيث إنه أعرض عن حجَّته، بل لأنه منعه حقَّه الثَّابت بدلًا عن حقٍّ آخر، فيعود إلى الأصل.

---

[١] «أ» (بمنعه)، والمثبت من «ن».

[٢] «أ» (عن)، والمثبت من «ن».

وكذلك لم تجعله حجَّة بالدلالة المحتملة، فثبت أن الخصم ليس إلَّا على إنكار أنه ليس بحجَّة، فمتى أقمنا دلالة صحَّته حجَّة من الوجه الذي قلنا لم يبق له شيء.

وأما الحديث[١] أن الفصل ببيِّنة المدَّعي إن وُجدت أو بيمين المنكر[٢] إن وجدت، وإن عُدما فلا ذكر له، فوجب طلب الفاصل بالرَّأي.

❁ فإن قيل: الحقُّ في أخذ عينٍ مكان عينٍ، لا إتلافٌ بإتلافٍ.

❁ قلنا: وقد شُرِع الإتلاف عند العجز، كما في القصاص في النفوس شُرِع إتلافٌ بإتلافٍ، لَمَّا تعذَّر أخذ الحياة عوضًا مكان حياةٍ.

|١٠٩٨| **مسألةٌ**: قال أبو حنيفة لا يستحلف في النِّكاح[٣]، والنَّسب، والرِّق، والولاء.

وقال أبو يوسف ومحمد: يستحلف، ويقضى بالنُّكول بما ادعاه المدَّعي[٤].

لقول النبي ﷺ: «البيِّنة على المدَّعي، واليمين على من أنكر»(٥). بلا تفصيل بين دعوى ودعوى.

والمعنى فيها: أن هذه حقوقٌ ثبتت مع الشبهات[٦]، فيقضى بها بالنُّكول؛

[١] يقتضي السياق كلمة: (ففيه)، أو نحوها، وهي ليست في «أ» ولا «ن».
[٢] «أ» (المدعي)، والمثبت من «ن».
[٣] «ص» (النكول لا يكون حجة للقضاء بالنكاح...).
[٤] «ص» (وقال صاحباه: يكون حجة).
(٥) تقدم تخريجه.
[٦] «ص» (لا تدرأ بالشبهة).

قياسًا على الأموال، والوكالات، والوصايا.

وعكسها الحدود والقصاص؛ وهذا لأن النُّكول بمنزلة إقرارٍ، لكن فيه شبهةٌ؛ لأنه سكوت في نفسه، فيكون حجَّةً فيما لا يسقط بالشُّبهة، دون ما يسقط[1]، كشهادة النساء مع الرجال.

ولأنه حجَّة بدل عن صريح الإقرار، فجرى مجرى الشَّهادة على الشَّهادة.

والدليل عليه: أن المدَّعي بنفس الدَّعوى من غير بيِّنة يستحقّ على المدَّعي جوابًا يفصل به خصومته[2]، وذلك بالإقرار أو بالإنكار.

ومتى أقرَّ ارتفعت الخصومة، ومتى أنكر لم يفصل إلَّا بيمين، فصار أصل حقِّه الثَّابت بالدَّعوى الجواب الذي يفصل الخصومة، وذلك باليمين إذا أنكر بدلًا عن الإقرار على ما يوجب[3] دعواه لولا المنازعة، فمتى منعه اليمين لزمه الإقرار، فإن لم يقرَّ قضى به عليه القاضي، فصار النُّكول إقرارًا من هذا الوجه، لكن فيه ضرب شبهةٍ لا توجد في صريح الإقرار، وكان كالبدل أيضًا.

ولأن النُّكول حجَّة من قبل المدَّعى عليه، وأصل حجَّته من قبله الإقرار.

---

[1] «ص» زيادة (وإنما قلنا: إنه بمنزلة إقرار لما ذكرنا في المسألة الأولى أن القاضي إنما يقضي بالنكول برفع سبب وجوب اليمين على المنكر، وإنما وجب عليه اليمين بإنكاره، فيقضى إذا نكل بالإقرار ليسقط حق المدعي في اليمين، فيزول الظلم؛ إلا أنه مشوب بالشبهة لإنكاره صريحا أن ألزم حكما. قال: ولهذا قلنا: لا يقضى بالقصاص بالنكول في النفس ولا الطرف؛ لأن القصاص مما يدرأ بالشبهة، فلم يثبت بالنكول، ولكن يقضي بالأرش والدية؛ لأن موجب ذلك بالفعل القصاص أو المال عند تمكن الشبهة فلم تثبت بالنكول، وقد تمكنت بالنكول فصار موجبه المال يقضى به؛ لأنه مما يثبت مع الشبهة...).

[2] في حاشية «أ» (بدليل أن القاضي يستحضره ويكلفه الجواب الفاصل الذي يفصل الخصومة).

[3] في حاشية «أ» (تقتضيه).

قالا: ولهذا قلنا: إنه إذا ادَّعىٰ علىٰ آخر قصاصًا في النَّفس أو ما دونه، فأنكر= أنه يحلف لعموم هذا الخبر الذي رويناه، وإذا نكل قضينا بالمال؛ لأن الشُّبهة مانعةٌ من الوجوب، وإنما جاءت من قبل المدَّعىٰ عليه، فينقلب مالًا.

كما إذا ادعىٰ قتل عمدٍ، فأقرَّ بالقتل خطأً، أو بقتل شبهةٍ، فإنه يجب المال.

بخلاف الشُّبهة التي جاءت في البيِّنة لا تقبل؛ لأن القصاص لا ينقلب مالًا من قِبَله، ومتىٰ لم ينقلب مالًا والقضاء بالقصاص غير ممكنٍ مع الشُّبهة لم يقض أصلًا، فيصير الكلام حجَّةً علىٰ أبي حنيفة أيضًا في القصاص في الأطراف، فإنه يقضىٰ به بالنُّكول، وإنه دون الشَّهادة علىٰ الشَّهادة، وشهادة النساء مع[١] الرجال.

ألا ترىٰ أنها حجَّةٌ بالإجماع في الأموال، والنُّكول مما اختلف[٢] فيه.

ولا يلزم ما ذكر في الجامع في رجل اشترىٰ نصف عبدٍ، ثم اشترىٰ النِّصف الباقي، فوجد المشتري [به][٣] عيبًا، فخاصمه في النِّصف الأوَّل، وأنكر البائع، ونكل عن اليمين، فردَّ عليه، ثم خاصمه في النِّصف الباقي، فأنكر= لم يلزمه، ويستحلف عليه، ولو جعل النُّكول إقرارا للزمه النِّصف الآخر، كما لو أقرَّ أول مرة.

وذلك[٤] لأن النُّكول ليس بإقرار في نفسه، ولكن يجعل مقام الإقرار[٥]

---

[١] «أ» (علىٰ).

[٢] «أ» (اختلفت).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» وحاشية «أ».

[٤] «ص» (وذلك لأن القاضي إنما يلزمه الإقرار ضرورة، وإن تبريه عن اليمين التي يمنعها صار ظالما، وتلك البراءة تحصل بإقرار يثبت بحق ذلك البيع فلا يثبت مطلقا؛ لأن الثابت بمقتضىٰ الضرورة يتقدر بقدرها علىٰ ما عرف).

[٥] في حاشية «أ» زيادة (لوجوب فصل الخصومة بالإقرار أو باليمين إنما يلزمه الفصل بقدر الدعوىٰ=

بقدر الحاجة على الخصوص.

ألا ترى أنه لا يصحُّ إلَّا في مجلس القضاء؛ لأنه ثبت بقدر[1] حاجة القاضي إليه.

فأما الإقرار فحجَّةٌ، لا لوجوب فصل الخصومة عليه، فإنه لو أقرَّ في [غير][2] مجلس القضاء، وقبل الدَّعوى، صحَّ، فثبت عامًّا، لا بقدر الوجوب بالدَّعوى، كما لو أقرَّ قبل الوجوب، ويجعل النُّكول فيما وراء الوجوب، كأنه نكل في [غير][3] مجلس القضاء باستحلاف الخصم نفسه.

ولا يلزم الوكيل بالبيع إذا ادُّعي عليه عيبٌ في المبيع، واستُحلف فنكل[4]، فإنه يلزم الموكِّل، ولو جُعل إقرارًا للزم الوكيل[5].

وذلك لأنه ـ وإن كان كالإقرار ـ فهو أمرٌ لزمه بسبب البيع، بحيث لا اختيار له، والموكِّل أدخله فيه، فعليه أن يخرجه منه[6]، كما لو استحقَّ المبيعُ بعد الهلاك، فإن الوكيل يضمن، ويرجع على الموكِّل.

فأما إذا أقرَّ فهو شيء لزمه باختياره الإقرارَ، فإنه كان يتفصَّى[7] من الدَّعوى

= فيقوم النكول مقام الإقرار).

[1] «ن» (بعذر).

[2] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» وحاشية «أ».

[3] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من حاشية «أ».

[4] «ص» زيادة (فرد عليه).

[5] «ص» زيادة (خاصة).

[6] «ص» (والموكل هو الذي أدخله في هذه الخصومة، فكان الوبال عليه).

[7] «أ» (يتقضى)، و«ص»، «ن» (ينقضي)، وهو تحريف، والمثبت هو الصواب، أي: يتخلص.

بالسُّكوت والنُّكول، فلزمه. كما إذا ثبت الاستحقاق بإقراره يلزمه الضَّمان، ولا يرجع.

ألا ترىٰ أن أبا حنيفة يجعل النُّكول بدلًا وإذنًا بالقضاء عليه، ولو أذن بالفسخ صريحًا يلزمه دون الموكِّل، وفي النُّكول يرجع لما ذكرنا.

ولأبي حنيفة أن هذه حقوقٌ لا يستباح تناولها بالإذن ابتداءً، فلا يقضىٰ بها بالنُّكول؛ قياسًا علىٰ القصاص في النَّفس، وعلىٰ عكسه الأموال.

وتفسير هذا الكلام: أن رجلًا لو قال للقاضي: أنا حرٌّ، ولكن هذا الرَّجل يؤذيني بالدَّعوىٰ، فأبحت له أن يسترق= لم يحل.

وكذلك إذا قال: إني ابن فلان، ولكنه يؤذيني بالدَّعوىٰ، فأبحت له أن يدَّعيني.

وكذلك إذا قال: لست بمولًىٰ له، وأنا حرُّ الأصل، أو معتقٌ لفلان، ولكن أبحت له= لم تثبت الإباحة.

وكذلك المرأة إذا قالت: أنا لست بامرأة له، ولكن أبحت له الإمساك بالنِّكاح.

ولو قال: هذا المال ليس له، ولكني أبحت له تناوله= حلَّ.

وكذلك إذا قال: جعلت له بإزاء ما ادعىٰ= جاز، وكان صلحًا[1].

وكذلك إذا قال: لم أوكِّله بما فعل، ولكن أذنت للحال.

وكذلك كل ما جُعل للمنكر أن يثبته بإذنه ليبيِّن أن المدَّعي كان ممنوعًا

---

[1] في حاشية «أ» زيادة (علىٰ الإنكار).

بحجره ومنعه ، وكان التَّناول حقَّه في الأصل ، فغاب بمنعه إلىٰ اليمين ، فعاد إليه بمنعه شرعًا ، وثبت له حقُّ التَّناول بكونها علىٰ الإباحة لولا المنع من العباد ، لكن لما ثبت بمنعه اليمين جُعل القاضي نائبًا عنه في الإيفاء.

فأمَّا ما لا يباح تناوله مع إذن المنكر وعدم منازعته علم[١] أنه ممنوع شرعًا بمعنىٰ في الحق نفسه ، بأن لم يجعل عُرضة للتَّناول ابتداءً ، فلا يجب اليمين علىٰ المنكر بدلًا عن الذي ادَّعاه ، ولا منعه اليمين يصير سببًا للأصل.

والنَّسب والولاء وابتداء الرِّق لا يثبت بإذن مبتدإٍ ، وملك النِّكاح لا يثبت أيضًا بإذنٍ ، وإنما يثبت بعقدٍ مبتدإٍ ، وذلك إنما يكون بوليٍّ ومهرٍ وشهودٍ ، ولو أقرت بالتزويج ، والعقد صحَّ أيضًا.

فهذا تفسير الكلام: أن كلَّ محلٍّ يقبل الإباحة بإذنٍ ابتداءً من قِبَله قُضي عليه به بنكوله ، وما لا فلا.

وكان هذا أوْلىٰ من أن نجعله إقرارًا ؛ لأن الخصومة كما تنقطع بالإقرار تنقطع بالبدل. والتَّمليك بلا إقرار ، كما يجوز الصُّلح علىٰ الإنكار ، وهو تمليك بدل الأصل ، فثبت أنه جائزٌ في الأصل مثله ، وبه ينفصل.

وهذا الحكم أُخذ من وجوب الخروج عن دعواه لتنفصل الخصومة ، ويبرأ[٢] القاضي عن عهدة ما رفع إليه ، فإنه في غير مجلس القضاء لا يكون شيئًا ، والقاضي يخرج عن العهدة بفصل الخصومة[٣] ، والفصل يقع بالإقرار والإيجاب

[١] في حاشية «أ» (تبين).

[٢] «أ» (وبرئ) ، والمثبت من «ن».

[٣] في «أ» (وبرئ القاضي عن عهدة ما رفع إليه) ، والظاهر أنها مقحمة.

مبتدأً، والإيجاب ابتداءً أقرب إلىٰ إنكاره.

والكلام في رجل منكرٍ يلزم موافقة علىٰ سكوته بحكم وجوب الفصل عليه، أو اتِّصال المدَّعي إلىٰ ما يدَّعيه بتركه منازعته، فيلزمه الأدنىٰ، وما يقرب من إنكاره، وذلك بالإيجاب ابتداءً، وترك[١] المنازعة ليبقىٰ هو في إنكاره محقًّا، وحلَّ الأخذ للمدَّعي بدعواه، كأنَّ ما ادَّعاه حقٌّ، ومتىٰ جعل إقرارًا كنا جعلنا المنكر كاذبًا في حقِّه أيضًا، وهو يقول: إني صادقٌ، بلا دليل للمدَّعي[٢]، فالنُّكول قد يكون للتحرُّج عن اليمين الصَّادقة علىٰ ما مرَّ.

فهما نظرَا إلىٰ الفصل بالجواب من طريق القول، فهو الظَّاهر، والواجب عليه إما إقرار وإما إنكار، والقاضي يقول ماذا يقول، ولا يقول له ماذا يفعل.

وأبو حنيفة نظر إلىٰ ما يمكنه دفع الإقرار به، وإن لم يتوجه عليه[٣]، ويبذل المال يندفع عنه الإقرار، ولَمَّا اندفع به لم يصر الإقرار مستحقّ الوجوب، بل صار الذي لابدَّ منه البدل، فإنه بعد الإقرار يلزمه البدل، ومتىٰ بدل الدفع[٤] عنه الإقرار.

❊ فإن قيل: لو كان هذا بدلًا مبتدأً، وكالهبة من قبل المقضي عليه، كما في الصُّلح علىٰ الإنكار لقيل: إذا استحقَّ ما أدَّىٰ بقضاء الدّين لا يضمن شيئًا آخر، كما لو صالح علىٰ إنكارٍ فاستحقَّ بدل الصُّلح، فإنه لا يضمن شيئًا، ولكن المدَّعي يرجع إلىٰ الدَّعوىٰ[٥].

[١] «أ» (أو ترك).

[٢] في حاشية «أ» زيادة (بكذبه).

[٣] في حاشية «أ» زيادة (الدفع).

[٤] كذا في «أ» و«ن»، ولعلها: اندفع.

[٥] «ص» زيادة (وبمثله لو كان بالنكول ثم استحق ضمن المقضي عليه بدله لحق أن يدعي عبدا=

۞ قلنا: لأن بدل الصُّلح وجب بالعقد، فإذا استحقَّ بطل العقد، فعاد الحكم إلىٰ الأصل، وهو الدَّعوىٰ.

فأما ههنا فالمدَّعي يقول: أنا آخذ هذا بإزاء ما وجب لي عليه في ذمَّته بالقضاء، فإذا استحقَّ رجعت بما في الذِّمَّة.

۞ فإن قيل: فالإيجاب في الذِّمَّة ابتداءً لا يصحُّ.

۞ قلنا: يصحُّ بالكفالة والحوالة، فالذِّمَّة تقبل الشُّغل بالدَّين، والحقوق بسببٍ صحيحٍ، وهو الحوالة، وكذلك بالمداينات كلِّها تشتغل ابتداءً، فالوجوب في الذِّمَّة بمنزلة وجوب الملك الجديد في الأعيان المملوكة.

۞ فإن قيل: من اشترىٰ شيئًا، ثم باعه، ثم رُدَّ عليه بعيبٍ قديمٍ بنكوله، ردَّ المشتري الأوَّل علىٰ بائعه، كما لو لم يبعه، ولو ردَّ عليه بأن أمر القاضي بالفسخ عليه ابتداءً لا يمكنه الردُّ علىٰ الأول، ويصير كما لو اشترىٰ شراءً مبتدأً.

۞ قلنا: إذا أمر القاضي بالفسخ لم يكن ذلك قضاءً، فإن القاضي إن شاء لم يفعل، وكان إذا فعل وكيلًا منه، كغير القاضي، فيصير إقالة برضاه، فلا ينفذ رضاه علىٰ غيره، فيصير في حقِّ غيره بيعًا جديدًا.

فأما ههنا فيلزم القاضي القضاء بالفسخ علىٰ سبيل القضاء، والفسخ إذا ثبت

= علىٰ الإنسان أنه لو غصبه هذا فجحده ذو اليد فحلف فنكل يقضىٰ له عليه، ثم استحق من يد المدعي بجناية كانت عند الغاصب، فإنه يرجع عليه بقيمته لو صالحه كذلك علىٰ ذلك العبد ما ضمن شيئا. قلنا: إنا لم نقل: إن القضاء بالنكول مثل الصلح علىٰ الإنكار، ولكن قلنا: ما احتمل الصلح علىٰ الإنكار احتمل القضاء بالنكول؛ لأنه بمنزلة بدل الملك للحال، إلا أنه بدل علىٰ سبيل نقل به المدعي إلىٰ عين حقه، وذلك عند تسليم عن الجناية، ولما قضىٰ به القاضي كذلك لم يبرأ إلا بالتسليم كذلك سليما..).

بقضاءٍ كان فسخًا في حق النَّاس أجمع.

كما لو أقرَّ بالعيب ولم يقبل حتىٰ فسخ القاضي، وهذا[١] إذا ردَّ بعيبٍ لا يحدث مثله، إن كان بقضاءٍ يكون فسخًا في حق النَّاس أجمع، وإن كان برضًىٰ بعد القبض كان بيعا جديدًا في حق ثالث.

❊ فإن قيل: الوجوب علىٰ القاضي دليلٌ علىٰ أنه إقرارٌ لا بدلٌ؛ لأن البدل يبيح الأخذ للمدَّعي، ولكن لا يلزم القاضي أن يقضي به كالصُّلح علىٰ الإنكار.

❊ قلنا: إذا كان البدل صريحًا فهو بدل من العبد، فلا يلزم القاضي. وأما إذا كان نكولًا فهو بدل بحق الشَّرع، لِما ذكرنا أن المدَّعي يستحقُّ أخذ هذه الحقوق بنفس الدَّعوىٰ لولا منازعة المنكر بيده، أو بذمَّته، وبالمنازعة يبطل، والشَّرع أبطله إلىٰ اليمين، فإذا منعه اليمين عاد إلىٰ الأصل بحكم الشَّرع، فيلزم القاضي قطع منازعه[٢]، والتمكين منه.

وكذلك ما ذكرنا ههنا من الفصل، فالفصل لزمه بحقِّ الشَّرع ليتمكَّن القاضي من الإنصاف، والانتصاف، وذلك ببدل ما يدعيه، والتسليم إليه إذا لم يقرَّ، فإذا لم يسلم وأنكر انتقل الفصل عنه إلىٰ اليمين، فإذا منعه اليمين، والقاضي لا يمكنه استيفاؤه منه جبرًا انتقل بالشَّرع إلىٰ الأصل، فلزم القاضي القضاء بالأصل لما انتقل إليه بالشَّرع.

ولا يلزم العبد المأذون، فإنه يُقضىٰ عليه بالنُّكول، وكذلك الصبي المأذون، وبدلهما باطل.

---

[١] في حاشية «أ» زيادة (كالرد).

[٢] «أ» (منازعة)، والمثبت من «ن».

وذلك لأنا علَّلنا لبيان المحالِّ التي تستحقّ بالبدل ابتداءً، والتي لا تستحقُّ لا للباذلين على أن المأذون يصحُّ بذله بقدر ما دخل تحت الإذن من الإطعام، وإهداء المأكول، والإعارة، ونحوها.

والبدل بالنُّكول مما دخل تحت الإذن، فإنه يستحلف في الخصومات، ويقبل نكوله، ولا يجبر على اليمين.

❊ فإن قيل: يقضى بالقصاص في الأطراف بالنُّكول، ولا يعمل فيها البدل.

❁ قلنا: البدل عاملٌ إذا كان مفيدًا، نحو أن يقول لآخر: «اقطع يدي» ـ وبها آكلة ـ فقطعها، حلَّ، ولم يأثم. وبغير إذنه يأثم، ولا يحلُّ، فجاز القضاء بالاستحقاق، وكذلك بنكوله أيضا؛ لأنه مفيدٌ، إذ يحترز به عن اليمين، وقد جعل له ذلك، وإن كان صادقًا.

فأما إذا قال ـ جزافًا ـ: «اقطع يدي»، فلا يحلُّ؛ لأنه متسفه[١]، إذ لا فائدة فيه، وكله ضرر. كما إذا قال[٢]: «أحرق طعامي، وغرِّق مالي»، ونحوها مما هو سفهٌ في نفسه ضررٌ بلا فائدة.

فأما النَّفس فلا يباح أخذها بإباحة صاحبها.

فعلمنا أنها محترمةٌ بنفسها لا تباح إلَّا بسبب شرعي، وبالنُّكول لا يثبت ذلك.

وكذلك الوطء لا يباح إلَّا بسببٍ، وهو الملك.

[١] «ن» (متسقة).

[٢] في حاشية «أ» زيادة (لآخر).

وكذلك الرِّق إلَّا بكفر[١].

وكذلك الولاء إلَّا بإعتاق.

والنَّسب إلَّا بفراش.

وإذا كان النَّفس من هذه الجملة لم يكن النُّكول حجَّةً منها، واستحلف؛ لأن الشَّرع لِعِظَم أمر الدِّماء جعل اليمين حقًّا للمدَّعي مقصودة ليُهلك المنكرين بها إن كذبوا.

ألا ترىٰ أن في القتيل في المحلَّة يحلِّفهم خمسين يمينًا، ويغرِّمهم الدِّية مع ذلك. فكذلك إذا ادُّعي القتل خاصًا علىٰ رجلٍ استحقَّ اليمين مقصودةً.

ألا ترىٰ أن[٢] القتل إذا تحقَّق كان الواجب في الأصل فيه إهلاكٌ، وقيل[٣] لا مال، فكذلك بالدَّعوىٰ عند الإنكار يجب الإهلاك مقصودًا باليمين، بخلاف المال.

ألا ترىٰ أن أبا حنيفة يقول: إذا نكل حُبس ليحلف؛ لأنه منعه حقَّه مع القدرة علىٰ الإيفاء، فصار ظالِمًا، والقاضي لا يمكنه النِّيابة عنه في الإيفاء بعينه، ولا بذل له، فيحبسه ليوفي بنفسه.

كالرَّجل إذا منع زكاة ماله حبسه؛ لأن ما يأخذ القاضي جبرًا لا يكون زكاةً، ولما[٤] عجز عن الاستيفاء بنفسه حبسه ليوفِّي.

---

[١] في حاشية «أ» (بصيغة).

[٢] في حاشية «أ» (في باب القتل).

[٣] كذا في الأصول، ولعل الأصح: قتل.

[٤] في حاشية «أ» (فلما).

وكذلك في قضاء الدّين عند أبي حنيفة إذا لم يجد من جنس الدَّين شيئًا ؛ لأنه عجز عن الإيفاء ببيع ماله عنده.

فأما في غير الدِّماء فلم تشرع الأيمان المهلكة مقصودةً إلَّا في اللعان تعظيمًا لباب الرَّمي بالزنا ، فلم يشرع إلَّا حيث يمكن القضاء فيها بالنُّكول بتحوُّل الحق عن اليمين إذا منعه إلىٰ أصل الواجب.

والذي يوضح مذهبه ههنا أنهما قضيا بالمال إذا نكل لشبهةٍ فيما هو حجَّةٌ للمدَّعي ، والحجَّة متىٰ لم تصحَّ في بابٍ لشبهةٍ لم يجب القضاء بها ، إلا أن يقضىٰ بشيءٍ آخر ثبت مع الشُّبهة.

ولم يكن هذا نظير الإقرار بالقتل خطأً ؛ لأنه حجَّةٌ بنفسه قبل الدَّعوىٰ ، ولمدَّعي العمد أن يأخذ المال برضىٰ القاتل ، كما لو اصطلحا عليه ، ولَمَّا أقرَّ بالقتل خطأً فقد بذل له الدِّية.

فصار كلام الخصم أمرًا ظاهرًا في أن السُّكوت لا يكون حجَّةً.

وكلامنا فقهًا واستخراجًا لحكمةٍ باطنةٍ ومعارضةٍ ثابتةٍ لإثبات حكم العدل والنَّصَفة.

وكلام أبي يوسف [ومحمد][١] في طرد النُّكول أسهل وأوضح.

وكلام أبي حنيفة أدقُّ وأحقُّ ، وكلُّ مجتهدٍ مصيبٌ [في طلبه][١] مثابٌ عليه ، والحقُّ[٢] عند الله واحد.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من حاشية «أ».

[٢] في حاشية «أ» (والحد).

❁ **فإن قيل:** أليس إذا راجع الرَّجل امرأته فقالت: «قد انقضت عدتي» كان القول قولها مع يمينها، فإن نكلت قضي عليها بالعدة وبالرجعة.

❁ **قلنا:** أما الرجعة فثابتة عيانًا، وأما العدة فإنما كانت تسقط بخبرها، وهي أمينةٌ فيها، فإذا أنكر الزَّوج، فقد اتَّهمها، فوجبت اليمين لنفي التُّهمة، فإذا نكلت تحقَّقت التُّهمة بعدم ما ينفي[١]، والمتَّهم لا يُقبل خبره، فبقيت العدَّة لعدم ما يزيلها لا بالنُّكول.

|١٠٩٩| **مسألةٌ**[٢]: قال علماؤنا ـ رحمهم الله ـ: اليد حجَّة دافعةٌ، لا موجبةٌ.

وقال الشَّافعي ـ رحمه الله ـ موجبة(٣).

وتفسير ذلك: رجل ادعىٰ علىٰ آخر شفعةً بشقص دار في يده، وأنكر المشتري ملكه، لم تكن يده حجَّةً علىٰ المشتري في استحقاق الشُّفعة.

وقال الشَّافعي ـ رحمه الله ـ: تكون حجَّة فيما سمعتُ [من][٤] أصحابه(٥).

لأن الشَّرع جعل اليد حجَّة الملك.

ألا ترىٰ أن المدَّعي لا يستحقّ عليه إلَّا ببيِّنة، ويحلُّ للشُّهود أن يشهدوا له بالملك بيده، ويحل الشِّراء منه.

---

[١] «أ» (يبقىٰ)، ولم تضبط في «ن»، والمثبت من حاشية «أ».

[٢] «ن» «ص» (فصل اليد).

(٣) انظر: «أسنىٰ المطالب» (٤/٤١١)، و«تحفة المحتاج» (١٠/٣٣٣).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

(٥) انظر: «الحاوي الكبير» (٧/٢٨٨).

إلا أنا نقول: اليد قد تكون على الوديعة، والعارية، والغصب، والملك، فكانت محتملةً، إلَّا أنه لا يستحقّ عليه بالدَّعوى؛ لأنها لم تجعل حجَّةً عليه، فلا تنقضي[١] يده بالشَّك والاحتمال، لكن لا تصير حجَّةً على غيره بالاحتمال، كالمفقود[٢] إذا غاب لا يورث ملكه باحتمال الموت، ولا يرث أباه إذا مات بالاحتمال.

وكذلك قلنا: إن الصُّلح على الإنكار جائز إذا ادَّعى مالًا قائمًا في يده أو دينا في ذمته أو حقا لو أقرَّ به المدَّعى عليه جاز الصُّلح؛ لأن المدَّعي صادقٌ في حقِّه ـ على ما مرَّ ـ، وبإنكار المشتري لم يثبت الكذب على المدَّعي[٣]، كما لم يجب المال على المنكر بقول المدَّعي، فبقي الصُّلح في حق المدَّعي مالًا بمالٍ، يصحُّ[٤] وإن لم يثبت في جانب المنكر.

كما إذا ادعى حرِّيَّة عبد في يد رجل ثم اشتراه منه

والشَّافعي أثبت حَدِّي المنكر مطلقا بيده أو ذمته؛ لأنها في يده[٥].

ولأن الأصل هو البراءة، كما قال في اليد: إن أصل اليد يد ملك.

والجواب: أن البراءة ثابتة للذمَّة لعدم دليل الوجوب، لا بدليلٍ موجبٍ[٦]، والعدم لا يكون حجَّةً، كالحياة للمفقود[٧] ثابتة بعدم دليل الموت، لا بدليلٍ

[١] «ص» (تنقض).

[٢] «ن» (كالمعقود).

[٣] «ص» (لم تثبت البراءة في حق المدعي).

[٤] «ص» (فصح).

[٥] «ص» (أثبت البراءة مطلقة بالإنكار).

[٦] «ص» (للبراءة).

[٧] «ن» (للمعقود).

موجب للحياة، فلم يكن حجَّةً للإرث. فكذلك الإنكار لا يكون حجَّةً لإبطال صدق المدَّعي في حقِّه، وكذلك اليد تبقىٰ حقًّا لصاحبها لعدم[1] دليل البطلان، لا بقيام دليل الحقيقة له، علىٰ ما مرَّ.

وكذلك ـ علىٰ هذا ـ مجهولُ النَّسب حرٌّ لا يُستحقُّ رقُّه إلَّا ببيِّنة، والقول قوله؛ لأن الحرِّيَّة أصلٌ، ولكن إن قذفه إنسانٌ لم يلزمه حدٌّ إذا أنكر حريته؛ لأن تلك الحرِّيَّة لا توجب للنسل[2] حرِّيَّة إلَّا إذا بقيت عند الولادة[3]، والبقاءُ ثابتٌ بعدم الدليل المزيل، لا لأن دليل الثُّبوت يوجب البقاء.

وكذلك إذا قطع يده؛ لأنه احتمل إن لم يبق علىٰ ذلك الأصل، واحتمل البقاء، فلم يصر حجَّة علىٰ الغير بالاحتمال، ولم تزل عنه حرِّيَّة الأصل بالاحتمال.

[فأما الشاهد فتحلُّ له الشَّهادة بملك اليد[4]؛ لأنه لا دليلَ ظاهر لعلمه فوق ذلك شرعًا؛ لأنه وإن عاين[5] الشِّراء فلا يعرف ملك البائع إلَّا بيده.

فأما القاضي فله دليل شرعًا فوق ذلك من البيِّنة، واليمين، والنُّكول، فلا يقضي به، ولأن يده حجَّةٌ له، وعلم الشَّاهد الذي تحل به الشَّهادة لا يتعدَّىٰ هذا القدر، والقاضي يقضي به علىٰ غيره][6].

---

[1] «ن» (فتبقىٰ... بعدم).

[2] «ص» (اليد).

[3] «ن» «ص» «أ» (الولاد).

[4] «أ» (بملك باليد).

[5] «أ» «ن» (عانىٰ)، والمثبت من حاشية «أ».

[6] ما بين [ ] ليس في «ص».

|١١٠٠| مسألةٌ: إذا أقام المدَّعي البيِّنة علىٰ شيءٍ أنه كان في يده أمس لم تقبل البيِّنة.

وروىٰ أصحاب الإملاء عن أبي يوسف أنه يقبل.

لأن الثَّابت بالبيِّنة كالثَّابت عيانا، ولو ثبت له اليد عيانا لم تنقض إلَّا بدليل، فكذلك الثَّابت بالبيِّنة فوق الثَّابت بالإقرار.

ولو أقرَّ المدَّعىٰ عليه أنه كان في يد المدَّعي أمس ردَّ عليه حتىٰ يقيم البيِّنة لنفسه.

وكذلك لو أقام البيِّنة علىٰ إقرار المدَّعىٰ عليه أنه كان في يد المدَّعي.

وكذلك إذا أقام البيِّنة أن المدَّعىٰ عليه أخد من المدَّعي أمس أُمر بالردِّ عليه.

ولأن اليد حقٌّ مستحقٌّ، كالملك لا يزال إلَّا بدليل.

ولو شهدا أنه كان لهذا المدَّعي صحَّت، وقضي به له، فكذلك إذا شهدا أنه كان في يده، لا فرقَ بينهما.

واحتج في الكتاب بما ذكرنا: أن حكم اليد محتملٌ، قد يكون ملكًا فيعاد إليه، وقد يكون غصبًا، أو عاريةً، أو وديعةً، فلا يعاد، والواجب هو الإعادة في مسألتنا هذه؛ لأن اليد زائلةٌ بيد هذا، فلا تجب الإعادة بالشَّك.

[ولا تكون حجَّةً موجبةً أمرا جديدا، كما لا يستحقّ بها الشُّفعة علىٰ غيره بالشَّك، فأما إذا كانت في يده فلا نزيله بالشَّك][١].

---

[١] ما بين [ ] ليس في «ص».

بخلاف ما إذا شهدا أنه كان له ؛ لأن الملك لا يحتمل غيرَ الملكِ والحقِّ ، ولم يقم دليل القطع ؛ لأن يد المدَّعىٰ عليه قد تكون غصبًا ، وقد تكون ملكًا ، فلا يقطع ذلك الملك بيده بالشَّك .

وبخلاف ما إذا شهدا أنه أُخذ منه ؛ لأن حكم الأخذ في الشَّرع واحدٌ ، وهو الضَّمان حتىٰ يردَّ ، فصار كأنهما شهدا بالردِّ عليه .

وبخلاف ما إذا شهدا بإقرار هذا أنه كان في يده ؛ لأنا نسمع البيِّنة علىٰ الإقرار ، والإقرار دليلٌ علىٰ اعتراض يد المقر علىٰ يده بلا احتمال ، وقد احتمل بحقٍّ وغير حقٍّ[١] ، فلا يثبت حقًّا بالشَّكِّ .

فأما فيما نحن فيه فنحتاج أن نبطل[٢] يد ذي اليد حكمًا لكينونته في يد الأول ؛ لأن الشَّهادة[٣] نصبٌ عليها ، لا غير ، وحكم تلك الكينونة محتملٌ ، فلا يصير حجَّةً علىٰ هذا بالشَّك .

فحدوث اليد للمقر ثابتٌ بإقراره بلا احتمال ، والكينونة في يد الأول لا تدلُّ علىٰ حدوث يد هذا إلَّا باحتمال ؛ لأنها إن كانت غصبًا أو عاريةً فلا تكون يد الثَّاني حادثةً ، وقد احتمل هذا .

|١١٠١| **مسألةٌ**: وقريبٌ منها إذا شهدا أنه كان لأب المدَّعي ، والأب ميِّتٌ ، لم يقبل عند أبي حنيفة ومحمد .

---

[١] «أ» و«ن» (محق وغير محق) ، والمثبت من «ص» .

[٢] «أ» (فيحتاج أن يبطل) .

[٣] «ص» (الزيادة) .

وقال أبو يوسف: يقبل.

لأن الوارث خلَفه في ملكه، كأنه هو ماله من[١] ملكٍ جديدٍ، فصارت[٢] حضرة الوارث كحضرة وكيل الميت، وهو حيٌّ.

وكما إذا شهدا[٣] أن ذا اليد أقرَّ أنه كان لأبيه، أو اشترىٰ من أبيه[٤].

ولأن سبب الملك [من الأب][٥] ثابتٌ للابن، وهو البنوة[٦]، فلم يحتج إلىٰ إثبات الملك للتملك[٧]، فتصير الشَّهادة بالملك للأب، وسبب الانتقال ثابتٌ، كما لو شهدوا بالملك وسبب الانتقال جميعًا، وهما غير ثابتين[٨].

ألا ترىٰ أن الرَّجل إذا اشترىٰ شيئًا من رجلٍ، وعرَّفه الحاكم، ولكن لم يعرف[٩] له أنه ملك البائع، فجاء مستحقٌّ واستحقَّه، فأقام المشتري البيِّنة أنه باعه من بائعه كفاه.

[وكذلك إذا أقرَّ ذو اليد أنه اشتراه من فلانٍ، وأنكر ملك البائع، فأقام المشتري البيِّنة أنه كان لبائعه كفاه][١٠].

---

[١] «ص» (في).

[٢] «أ» «ن» (فصار)، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» «ن» (شهدوا)، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (كان لأب المدعي، أو اشترىٰ من ابنه، أو باع من ابنه).

[٥] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٦] «ص» (هو موت الأب).

[٧] «ن» (للمملك). «ص» (فلم يحتج إلا للحي إثبات الملك للأب)

[٨] «ص» (غيرنا من).

[٩] «ن» (نعرف).

[١٠] ما بين [ ] ليس في «ص».

إلا أنا نقول: الواجب القضاء بالملك للوارث ؛ لأن ملك الأب زائلٌ بيقين[١] ، وملك الابن غير مشهود به ، ولكن يجب القضاء به حكمًا لملك الأب ، وحكمه في حقِّ الابن محتمل .

لأن [الموت في نفسه لم يُخلق لإيجاب الملك ، بل لإبطال [الحياة][٢] ، ولكن يصير سببًا بموت الإنسان عن مالٍ مملوك له ، ولما كان يصير سببًا للملك[٣] ، والملك حال][٤] الموت يحتمل البقاء والزوال ، فلا يصير حجَّة للابن ، لثبوت الملك له بالاحتمال ، كحكم اليد سواءً ، والأب لو كان هو الخصم احتجنا إلىٰ إبقاء ملكه ، فلا نقطعه بالاحتمال ، فيبقي[٥] .

وقوله: «إن الوارث بمنزلته» فلا ، بل هو مالكٌ جديدٌ لم يكن ، ولكن الملك ذلك الملك حكمًا[٦] لم يتجدَّد ، وإذا كان جديدا: صفةُ المالكية للابن فيه لم تثبت بالاحتمال .

[بخلاف مسألة المشتري ؛ لأن الشِّراء سبب الملك شرعًا ، ولكن ربما لا يعمل لعدم ملك البائع ، فإذا أقام المشتري البيِّنة أنه كان لبائعه ، واحتمل ذلك البقاء إلىٰ حين البيع لم يثبت العدم المانع بالشَّك ، فبقي عاملًا][٧] ، فهذه شبهة المسألة .

---

[١] «أ» و«ن» (بتعين) ، والمثبت من «ص» .

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من حاشية «أ» .

[٣] «أ» (بالملك) .

[٤] ما بين [ ] ليس في «ص» .

[٥] «أ» (فبقي) ، والمثبت من «ن» و«ص» .

[٦] «ص» (لم يكن ذلك الملك حكما) .

[٧] ما بين [ ] ليس في «ص» .

وليس هذا كما إذا أقام البيِّنة أنه أقرَّ أنه كان لأبيه[١] ؛ لأنا نجعل يده حادثةً بنصِّ إقراره ، لا بحكم أنه كان لأبيه ، على ما مرَّ في المسألة الأولى ، فلا نجعله حقًّا مع قيام الاحتمال .

وكذلك إذا أقام البيِّنة أنه باع من أبيه[٢] أو بائعه ، فقد أقام البيِّنة على إقراره بالملك له .

ولا يلزم إذا شهدوا أنه كان لأبيه عند الموت ؛ لأنه سببٌ موجبٌ للانتقال إليه إلَّا بمانع ، وكذلك كان في يد ابنه عند الموت ؛ لأن إثبات اليد عند سبب نقلِ الملك شهادةٌ بيد الملك ، كأنهما نصَّا على الملك . كما إذا شهدا على رجلٍ أنه اشترى من فلانٍ هذا الشَّيء ، وكان في يدي البائع ، فهذه المسأله أدقُّ من الأولى ؛ لأن الشَّهادة حصلت بالملك ههنا ، وقد تم ملك الميِّت فيبقى على الوارث كذلك حكمًا ، ولا ينقطع على ما عرف ، وتصير حضرة الوارث كحضرة وكيل الميت ، فلا يحتاج إلى إبقاء الملك المشهود به على هذه الجملة ، والشَّيء إذا ثبت لم ينقطع بالاحتمال ، ودام بدليل استصحاب الحال بالإجماع .

وإنما خالفنا الشَّافعي - ﷺ - في جعله حجَّةً على أمرٍ جديدٍ . وفي المسألة الأولى اليد المشهود بها زائلةٌ ، والحاجة واقعةٌ إلى الإعادة ، فلا يعاد بالاحتمال والشَّك .

فهذا وجه الفرق لأبي يوسف على رواية الأصل .

والجواب أن الوارث يتجدَّد له إضافة الملك إليه[٣] ، فإنه بعد الموت يصير

[١] «ص» (لابنه) .
[٢] «ص» (يده) .
[٣] «ص» (يتجدد له ملك لم يكن) .

مالكًا، ومن حيث إنه مالك[1] جديد مالك آخر غير الأول، وبمنزلة ما لو اشتراه فبالاحتمال لا يمكننا إثبات المالكية له.

فهما مالا إلى تجدُّد مالكية الوارث، وهو مالَ إلى بقاء قديمِ ملكِ الميِّت حكمًا، والله أعلم بالصواب.

|١١٠٢| مسألةٌ: إذا تنازع اثنان في حائطٍ بين ملكيْهما، ولأحدهما عليه جذوع، فهو أولى.

خلافا للشافعي(٢).

لأن الحائط بُني للتسقيف والحمل، فصار الحمل استعمالَ مثله، فكان أقوى من جوار الاتصال.

كرجلين تنازعا في ثوبٍ أحدُهما لابسٌ، والآخر متعلِّق به.

|١١٠٣| مسألةٌ[3]: وأما إذا كان وجه الجدار أو القمط(٤) في الخصِّ[5] إلى

[1] «ص» (ملك).

(٢) يجعل بينهما عند الشافعية. انظر: «بحر المذهب» للروياني (٥/٤٣١)، و«حلية العلماء» (٨/٢١٠).

[3] «ص» (فصل).

(٤) القمط بالكسر: ما يشد به الأخصاص، ومنه معاقد القمط. انظر: «الصحاح» (٣/١١٥٥)، و«الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي» (ص: ١٥٣). وفي «المغرب في ترتيب المعرب» (ص: ٣٩٣): (القمط) جمع قماط وهو: ... شرط الخص التي يوثق بها جمع: شريط وهو حبل عريض ينسج من ليف أو خوص، وقيل (القمط) هي الخشب التي تكون على ظاهر الخص أو باطنه يشد إليها حرادي القصب، وأصل القمط الشد...».

[5] «أ» (الجص).

أحدهما لم يصر به أوْلى عند أبي حنيفة.

وعندهما: يصير أوْلى؛ لأن الظَّاهر يشهد له، لأن أحدا لا يركب[١] الوجه لجاره دون نفسه[٢].

وقد وقعت حادثة الخصِّ[٣] في زمن النبي ﷺ، فقضى حذيفة بن اليمان لمن له القمط فأجازه رسول الله ﷺ(٤).

وأبو حنيفة يقول نفس القمط والوجه متنازعٌ فيه، وما ذكره[٥] من الاستعمال يدٌ ماضيةٌ، فلا تكون حجَّةً، وما تنوزع[٦] فيه لا[٧] يصير ترجيحًا، وفي حديث

---

[١] في «ص» وحاشية «أ» (يزين).

[٢] في حاشية «ص» و«أ» زيادة (ولأنه إنما يفعله من له ملك الأصل ليقوم فيه فينشده [لم تضبط في «ص»] أو ينقشه).

[٣] «ص» (الحصر)، «أ» (الجص).

(٤) رواه ابن ماجه (٢٣٤٣)، والبيهقي في «سننه الكبير» (١١٤٨٧)، والدارقطني (٤٥٤٤)، والبزار في «مسنده» (٩/٢٤٩، رقم: ٣٧٩١). ويروى من طريق دهثم بن قران عن نمران بن جارية، عن أبيه، أن قوما اختصموا إلى النبي ﷺ في خص كان بينهم، فبعث حذيفة يقضي بينهم، فقضى للذين يليهم القمط، فلما رجع إلى النبي ﷺ أخبره، فقال: «أصبت وأحسنت»
قال الدارقطني في «سننه» (٥/٤١٠): «لم يروه غير دهثم بن قران، وهو ضعيف، وقد اختلف في إسناده».
وقال البيهقي في «السنن الكبير» (٦/١١٢): «وقد عده يحيى بن معين في رواية ابن أبي مريم عنه ممن لا يكتب حديثه من أهل اليمامة، وضعفه أيضا أحمد بن حنبل وقال: لا يكتب حديثه».
وقال ابن عدي في «الكامل في ضعفاء الرجال» (٤/٣): «وهذا ليس يرويه غير دهثم بن قران عن نمران، وقد رواه عن دهثم جماعة، ولدهثم غيره من الحديث، وهو إلى الضعف أقرب منه إلى الصدق».

[٥] «ص» (ذكروه).

[٦] «أ» (يتورع)، ولم تضبط بالنقط في «ن»، وفي «ص» (يتوزع)، والأقرب ما أثبت في المتن.

[٧] «أ» (ولا).

حذيفة أن القمط لم يتنازع فيه[١].

|١١٠٤| **مسألةٌ**: الزَّوجان إذا اختلفا في متاع البيت وهما حيان حرَّان، أو أحدهما مملوك مكاتب، أو مأذون، أو أحدهما ميت= من هذه الجملة، وقد مرت في كتاب النّكاح[٢].

[١] «ص» زيادة (وتأويل الحديث أنه يحتمل أن القمط لم يتنازع فيه، ويحتمل غيره، والخبر حكاية حال، فلا عموم له، فسقط الاحتجاج به).

[٢] هذه المسألة ليست في «ص».

فَصْــلٌ
في بيان شرط البينات

فقد ذكرنا أركانها وأنواعها في كتاب الشهادات.

|١١٠٥| **مسألةٌ**: قال علماؤنا ـ رحمهم الله ـ: لا تسمع البيِّنة على الغائب، ولا يقضى على غائبٍ، وحضرته أو حضرة نائبٍ عنه شرط لسماع[١] البيِّنة والقضاء جميعًا.

وقال الشَّافعي ـ رحمه الله ـ: ليس بشرط(٢)، إلا أن[٣] الخصم إذا كان في المصر استحضر احتياطًا، ونظرًا[٤] لهما جميعًا؛ ولأنه ربما يقرُّ فيقصر المسافة على القاضي، وكذلك إذا حضر معه الخصم، فالسماع والقضاء صحيحٌ قبل سؤاله، لكن القاضي يؤمر بالسؤال فربما يقرُّ فيقصر[٥] المسافة؛ ولأن النظر فيه أتمُّ لهما جميعًا.

احتج بقول النبي ﷺ: «البيِّنة على المدَّعي...»(٦)، ولم يشرط حضرة الآخر.

وكتب رسول الله ﷺ إلى اليهود بخيبر في قتيل قُتل[٧]. إما أن يودوا[٨]،

---

[١] «أ» (استماع)، والمثبت من «ن» و«ص».

(٢) انظر: «الأم» للشافعي (٦/٢٤٨)، و«الحاوي الكبير» (٦/٥٠٨).

[٣] «ص» (لأن).

[٤] «ص» (ونظيرا).

[٥] «أ» «ن» (فربما يقصر)، والمثبت من «ص».

(٦) تقدم تخريجه.

[٧] في حاشية «أ» زيادة (وجد في قليب خيبر). وفي «ص» (في قتيل وجد بخيبر).

[٨] «ص» (أن تدوا). وفي حاشية «أ» (من الدية).

أو يأذنوا بحربٍ من الله ورسوله(١).

ولم يحضر رسول الله ﷺ إلَّا أولياء القتيل، فكان قضاء على غائب[٢].

والمعنى فيه: أن الدَّعوى صحيحةٌ من المدَّعي، بدليل أن الغائب يُستحضر بها[٣]، فوجب أن يثبت له حقُّ تصحيحها بالبيِّنة؛ قياسًا على ما إذا حضر الآخر، وأنكر. إذ الشَّرط ثبوت العلم بالبيِّنة للقاضي، والإنكار لا يزيد علما بثبوت الحق[٤] إن لم ينقض.

ويدل عليه المرأة إذا ادَّعت نفقةً على زوجٍ غائبٍ، وأقامت البيِّنة على النِّكاح، قُضي لها بالنَّفقة.

ولعلمائنا[٥] ما روي عن النبي ﷺ أنه قال لعلي رضي الله عنه: «لا تقض لأحد

(١) رواه البخاري (٧١٩٢)، ومسلم (١٦٦٩). ولفظ البخاري: عن سهل بن أبي حثمة أنه أخبره هو ورجال من كبراء قومه: أن عبد الله بن سهل ومحيصة خرجا إلى خيبر، من جهد أصابهم، فأخبر محيصة أن عبد الله قتل وطرح في فقير أو عين، فأتى يهود فقال: أنتم والله قتلتموه، قالوا: ما قتلناه والله، ثم أقبل حتى قدم على قومه، فذكر لهم، وأقبل هو وأخوه حويصة ـ وهو أكبر منه ـ وعبد الرحمن بن سهل، فذهب ليتكلم وهو الذي كان بخيبر، فقال النبي ﷺ لمحيصة: «كبر كبر» يريد السن، فتكلم حويصة، ثم تكلم محيصة، فقال رسول الله ﷺ: «إما أن يدوا صاحبكم، وإما أن يؤذنوا بحرب»، فكتب رسول الله ﷺ إليهم به، فكتب ما قتلناه، فقال رسول الله ﷺ لحويصة ومحيصة وعبد الرحمن: «أتحلفون، وتستحقون دم صاحبكم؟»، قالوا: لا، قال: «أفتحلف لكم يهود؟»، قالوا: ليسوا بمسلمين، فوداه رسول الله ﷺ من عنده مائة ناقة حتى أدخلت الدار، قال سهل: فركضتني منها ناقة.

[٢] «أ» (الغائب).

[٣] «ص» (أن القاضي يستحضر الغائب بها).

[٤] «ص» (الجواب).

[٥] «ص» (ولنا).

الخصمين حتىٰ تسمع كلام الثَّاني».

وفي بعض الروايات[١]: «فإنك إذا سمعت كلامه علمت[٢] كيف تقضي بينهما». قال علي: «فما زلتُ كنتُ قاضيا بعده»(٣) أي عالما بوجوهه[٤].

فالنهي حجَّة؛ لأنه للتحريم، والتَّعليل حجَّة؛ لأنه أخبر أن العلم يقع به، والقضاء قبل العلم باطلٌ.

❁ فإن قيل: تمام الحديث: «إذا جلس إليك خصمان[٥] فلا تقض» الحديث

❁ قلنا: يجوز أن يكونا خبرين فيعمل بهما [جميعًا][٦] بالمرسل والمعلَّق

---

[١] «ص» (وفي رواية).

[٢] «ص» (عرفت).

(٣) رواه أبو داود (٣٥٨٢)، والترمذي (١٣٣١)، والنسائي في «السنن الكبرىٰ» (٨٤٢٠)، وابن ماجه (٢٣١٠)، وأحمد (٨٨٢). ولفظ أحمد: عن علي، قال: بعثني رسول الله ﷺ إلىٰ اليمن قال: فقلت يا رسول الله تبعثني إلىٰ قوم أسن مني، وأنا حدث لا أبصر القضاء؟ قال: فوضع يده علىٰ صدري وقال: «اللهم ثبت لسانه، واهد قلبه، يا علي، إذا جلس إليك الخصمان فلا تقض بينهما حتىٰ تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنك إذا فعلت ذلك تبين لك القضاء» قال: فما اختلف علي قضاء بعد، أو ما أشكل علي قضاء بعد.

قال الترمذي في «سننه» (٦١١/٣): «هذا حديث حسن».

وقال الحاكم في «المستدرك علىٰ الصحيحين» (١٤٥/٣): «هذا حديث صحيح علىٰ شرط الشيخين ولم يخرجاه». ووافقه الذهبي. وتعقب ابن الملقن في «البدر المنير» (٥٣٢/٩) تصحيحه علىٰ شرط الشيخين بقوله: «في تصحيحه عوضا عن كونه علىٰ شرطهما نظر؛ فإنه منقطع». وانظر: «الكامل» لابن عدي (٣٧٠/٣)، و«نصب الراية» (٦١/٤)، و«إرواء الغليل» (٢٢٦/٨).

[٤] «ص» (بوجه القضاء).

[٥] «أ» (الخصمان).

[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

بالشَّرط ، فالمذهب عندنا أنه لا يُحمل أحدهما على الآخر .

ولأنهما لو جلسا إليه ، ثم غاب المدَّعى عليه قبل الجواب ، فالمسألة على الاختلاف ، والنصَّان[١] يتناولانه .

إلا أنا نقول[٢]: من شرط صحَّة البيِّنة وجود الدَّعوى والإنكار ، وقد عُدم الإنكار ، فلا يصحُّ ، كما لو عدم مجلس القضاء .

والدليل على أن الإنكار شرط: أن النبي ﷺ شرعها حجَّة لإثبات حقِّه على المدَّعى عليه ، وإنما يحتاج إلى الإثبات عليه عند الإنكار .

❁ **فإن قيل**: إنما يحتاج إلى الإثبات عند عدم سبب الثُّبوت ، لا عند الإنكار .

❁ **قلنا**: نعم عدم سبب الثُّبوت له[٣] شرطٌ لصحَّة البيِّنة ، والعدم بلا إنكار[٤] محتملٌ ، فإنه يجوز أن يكون عند ذي اليد ملك المدَّعي ، ويجوز أن يكون ملك ذي اليد ، فاحتيج إلى إنكار هو نصٌّ غيرُ محتملٍ .

وهذا كرجلٍ يقول لعبده: «إن لم تدخل الدَّار اليوم فأنت حرٌّ» فمضى اليوم ، ولا يدري ، والعبد يدعي أنَّه لم يدخل [الدَّار][٥] = لم يعتق ، وإن كان الأصل هو العدم .

لأنه جُعل شرطَ العتق فما لم يثبت بدليله لم يعتق ، فكذا في مسألتنا هذه ،

---

[١] «ص» (والنصاب).

[٢] «ص» (والمعنى في المسألة أن).

[٣] «ص» (إنه).

[٤] «ص» (بالإنكار).

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص».

وإن كان الأصل عدم الإقرار؛ إذ اليد في الأصل يد ملكٍ، فلا يكون ذلك دليلًا متىٰ جُعل شرطًا لغيره.

لما عُرف أن استصحاب الأصل[١] يكون حجّةً دافعةً، لا موجبةً؛ لأن بقاءه علىٰ الاحتمال للحال، والمحتمل لا يكون حجّةً، فلا يزول به أمرٌ قد ثبت[٢]، ولا يثبت به أمرٌ لم يكن، فلا يثبت[٣] به عتقٌ لم يكن، ولا تصير به البيِّنة حجّةً بعد ما لم تكن حجّةً قبله، فهذا سرُّ المسألة، فإن استصحاب الحال عنده حجّةٌ موجبةٌ، ودافعةٌ، علىٰ ما بيَّنَّا في أصول الفقه، وكثيرٍ من المسائل من الصُّلح علىٰ الإنكار، ونحوها[٤].

وأصله المفقود؛ لا يُزال عنه ملكه باحتمال الموت، ولا يصير ميراث ابنه[٥] ملكًا له باحتمال الحياة، وإن كان الأصل هو الحياة[٦]. وهذا كرجلٍ طلب الشُّفعة لشقصٍ في يده، وأنكر المشتري[٧] لم يستحقّ إلا ببيِّنة يقيمها **عندنا**.

❊ **فإن قيل:** الخلاف ثابتٌ فيما إذا حضر، وأنكر، ثم غاب.

۞ **قلنا:** لأن الشَّرط بقاء الإنكار عند البيِّنة، وبقاؤه محتملٌ للحال، لجواز أنه أقرَّ بعده[٨].

---

[١] «ص» (الحال).

[٢] «ص» زيادة (به).

[٣] «أ» «ن» (يعتق)، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (وغيرها).

[٥] «أ» (أبيه)، والمثبت من «ص».

[٦] «أ» (الأصل حياة)، والمثبت من «ص».

[٧] في «ص» زيادة (كون الشقص الذي في يده ملكا له).

[٨] «ص» (أن يكون أقر بعبده).

وكذلك لو سمعت البيِّنة عليه، ثم غاب، لم يُقض؛ لأن قيام الإنكار شرطٌ إلىٰ حين القضاء؛ لأن البيِّنة إنما تصير حجَّة بالقضاء.

❁ فإن قيل: لو حضر الخصم، ولم ينكر، وسكت، سمعت عليه البيِّنة رواية في الجامع.

❁ قلنا: لأن القاضي يجعل سكوته إنكارًا لِما ثبت له من الولاية عليه، علىٰ ما بيَّنَّا في مسألة النُّكول أنه يجعل سكوته عن اليمين إقرارا، أو بدلًا للحق.

وأما مسألة نفقة المرأة فقد نصَّ في الأصل أن البيِّنة علىٰ إثبات النِّكاح لا تُسمع، وأضاف إلىٰ أبي يوسف ومحمد، كأنه[١] لم يحفظ رواية عن أبي حنيفة فيها، وإنما يقضىٰ لها بالنَّفقة إذا علم بنكاحها. كما يقضىٰ لدابَّة[٢] الغائب لِما لَه من ولاية النظر في مال الغائب، وحياة كل حيٍّ بالنَّفقة، فيكون الإنفاق علىٰ الحيوانات المملوكة نظرًا له.

ولأن للمرأة أن تأخذ النَّفقة من جنس حقها بغير أمر القاضي، كصاحب الدَّين، فلا يكون القضاء بالنَّفقة قضاءً علىٰ الغائب، بل يكون إيفاءً عنه، وللقاضي ولاية الإيفاء[٣] بجنس الحقِّ.

وهذا لأن للملك ثمرةً ومؤنةً، ثم الحكم في ثمرات الملك حكمُ بقاء الأصل، لا حكم ملكٍ جديدٍ، حتىٰ يثبت للمعقود[٤]، فكذا حكم مؤن الملك

[١] «ص» (لأنه).

[٢] «أ» (لذاته).

[٣] «ص» (الإبقاء).

[٤] «ص» (يكتب للمفقود).

يكون حكم بقاء دينٍ كان عليه؛ لأنهما[١] حكما الملك، والملك باقٍ بلا دليلٍ، فيبقىٰ بحكمه[٢].

وكذلك الرَّجل يقول للقاضي: «بعت من فلان هذا العبد بألفٍ، فغاب[٣] قبل نقد الثَّمن»، فإنه لا يجيبه، إلَّا بأن يقيم[٤] البيِّنة، فإذا أقام سمعها، وباع العبد بالثَّمن، وليس[٥] هذا بسماعٍ علىٰ الغائب، بل علىٰ نفسه.

وبيانه: أن هذا الرَّجل يدَّعي علىٰ القاضي حقًّا يلزمه بحكم النظر للغائب، مِن قضاء دينه بهذا المال [المحبوس][٦] عنده بالدَّين، فإن المال في يده، والقول قوله فيما يُخبر عنه ما لم يكذبه غيره، ولم نجد مكذبا إلَّا القاضي، وإنما يصحُّ منه التكذيب بقدر ما يلزمه من البيع بالثَّمن، فإذا كذَّبه احتاج المدَّعي إلىٰ إثباته عليه بالبيِّنة، ولا يثبت علىٰ الغائب شيء، حتىٰ إذا حضر، [وأنكر الشِّراء][٧]، وقد انتقض[٨]، الثَّمن الثَّاني عن الأوَّل= لم يلزم الغائب منه شيءٌ حتىٰ يعيد البيِّنة ثانيًا.

وكان بمنزلة ما لو قال: «هذا العبد وديعةٌ عندي لفلان الغائب، فاقض له

[١] «أ» (إلا أنهما)، والمثبت من «ص» و«ن».

[٢] «أ» «ن» (لحكمه)، والمثبت من «ص».

[٣] ما بين [ ] ليس في «ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ». ومكانه في «أ» (بالدفعات)، تحريف.

[٤] «ص» (حتىٰ يقيم).

[٥] «ص» (لأن هذا ليس).

[٦] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٧] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٨] «أ» (انتقص)، والمثبت من «ص».

بالنَّفقة» ، فإن القاضي لا يجيبه إلَّا بالبيِّنة ، وحتىٰ إذا أجاب[١] بغير بيِّنة صحَّ ؛ لأن الحقَّ يلزمه ، فله أن يصدِّقه ويلتزمه[٢] .

ولا يلزم إذا أقام[٣] البيِّنة علىٰ رجلٍ أن العبد الذي في يدك لي ، اشتريتُه من فلانٍ الغائب ، وأقام البيِّنة ، فإن الشِّراء ثبت علىٰ فلانٍ ؛ لأن الشِّراء سبب[٤] حقِّه ، وكما صار ذو اليد خصمًا في أصل الملك ثبت[٥] خصمًا في السَّبب تبعًا[٦] ، فصار بمنزلة وكيله شرعًا .

وأما سماع البيِّنة[٧] علىٰ الغائب للكتاب إليه فيجري **عندنا** مجرىٰ الشَّهادة علىٰ الشَّهادة ، وليس من شرط صحَّة الإشهاد علىٰ الشَّهادة إنكار الخصم .

فأما الجواب عن الحديث فإن النبي ﷺ أخبر أن الاستحقاق لا يكون بالدَّعوىٰ ، وإنما يكون بالبيِّنة أو اليمين ، والخلاف وقع في شروطهما[٨] .

ألا ترىٰ أنه لم يذكر شرط القضاء ، وحديثنا ورد لبيان الشَّرط ، علىٰ أن شروط المنازعة مذكورةٌ دلالةً إن لم تذكر نصًّا ؛ لأن المدَّعي لا يعطىٰ بالدَّعوىٰ حتىٰ يقيم البيِّنة إذا نازعه[٩] الآخر ، فأما قبل المنازعة فلا بيِّنة عليه ، بل علىٰ

---

[١] «أ» (أجاز) ، والمثبت من «ن» و«ص» .
[٢] «ص» (ويلزمه) .
[٣] «ص» (قال) .
[٤] «ص» (يثبت) .
[٥] «أ» (يثبت) .
[٦] «أ» (بيعا) ، والمثبت من حاشيتها و«ص» ، ولم تضبط في «ن» .
[٧] «ص» زيادة (علىٰ البينة) .
[٨] «أ» (شروطها) ، والمثبت من «ن» و«ص» .
[٩] «ص» (باعه) .

الآخر الجواب، فإن الأصل في هذا الباب حالة[١] حضرتهما جميعًا.

ألا ترىٰ أنه[٢] جعل الفصل بالبيِّنة واليمين جميعًا، ولا يمين حال الغيبة[٣].

وأما الجواب عن المعنىٰ: ففيه أن الدَّعوىٰ صحيحةٌ، وهي مسلمةٌ، وهي شرط، ولكن الإنكار معه شرط، وقد أقمنا عليه الدلالة، وأنت لم تبطل دلالتنا.

دلَّ عليه ما قلنا إن البيِّنة شرعت حجَّةً مستحقَّةً علىٰ الخصم، لا علىٰ القاضي، ولا في حق الله ﷻ، فلابدَّ من عدم الثُّبوت علىٰ الخصم ليتصوَّر الإثبات، ولا يكون كذلك إلَّا عند عدم الإقرار حال القضاء[٤]، ولا عدم يتحقق إلَّا بقيام الإنكار حال القضاء، فثبت أن لا دليل علىٰ زوال أصلٍ ثابتٍ لا يصلح حجَّةً لإثبات أمرٍ لم يكن إلَّا ضرورةً؛ لأن الله سبحانه تعالىٰ ما جعل في الدِّين من حرجٍ، ولا ضرورة في البناء علىٰ الإنكار الذي هو دليل المنازعة نصًّا، إلَّا إذا حضر فسكت.

[١] «ص» (حال).
[٢] «ص» (أن النبي ﷺ).
[٣] «ص» (البينة).
[٤] «ص» (الإمضاء).

فَصْــلٌ
في حكم البينات

ومسائل الخلاف فيها تقع في باب المعارضات.

|١١٠٦| مسألةٌ: رجلان أقاما البيِّنة علىٰ عينٍ في يد ثالثٍ، وكلُّ واحدٍ يدَّعي أنه له.

قال علماؤنا - رحمهم الله -: يُقضىٰ به بينهما نصفين.

وقال الشَّافعي - رحمه الله -: كذلك، في قول.

وقال في قولٍ: تبطل البينتان جميعًا.

وفي قول: يقرع القاضي بينهما(١).

وجه التهاتر: أن بين البيِّنتين ترادًّا[٢] لا محالة؛ لأنا نعلم يقينا أن الكلَّ لا يكون لهذا ثم لهذا في ساعةٍ واحدةٍ. ولا يعلم المحقُّ منهما فيُتوقَّف.

كما إذا شهد شاهدان علىٰ رجلٍ أنه طلَّق امرأته يوم النَّحر بالكوفة، وآخران شهدا أنه أعتق عبده يومئذٍ بمكة، فإن البينتين تتهاتران.

وكذلك الآيتان[٣] إذا كان بينهما تناسخٌ، ولا يعلم النَّاسخ منهما يُتوقَّف فيهما؛ لأن المنسوخ ليس بحجَّة يقينًا.

---

(١) انظر هذه الأقوال في: «الأم» للشافعي (٦/٢٦٤).

[٢] «ص» (ترداد).

[٣] «أ» و«ن» (الاثنان)، والمثبت من «ص».

وأما قوله[١] القرعة، فيقول[٢]: المستحقُّ أحدهما لا محالة في الحقيقة، وعجزنا عن التَّعيين، فنعيِّن بالقرعة، كما قال فيمن أعتق أحد عبديه، ثم مات= أنه يعيَّن بالقرعة. والمسألة مرت في كتاب العتاق.

قال الشَّافعي - ﷺ -: ولا يلزم إذا كان أحدهما ذا اليد؛ لأني أجعل بيِّنة ذي اليد أوْلى، فلا يقع التَّعارض.

كالآية وخبر الواحد إذا كان بينهما تناسخٌ سقط الخبر؛ لأن الآية فوقها[٣] وإنما يتهاتران عملًا بهما إذا كانا سواءً.

ولعلمائنا أن الدعوتين[٤] صحيحتان؛ لأن كل واحدٍ ادَّعى أمرًا محتملًا، فإنه جائزٌ أن يكون الملك له دون صاحبه كما ادَّعاه.

---

[١] «ن» (قول). وفي «ص» (قوله للقرعة).

[٢] «ص» (فلأن).

[٣] كذا في «أ» و«ن». وفي «ص» (فوقهما). والسياق يقتضي أن تكون: (فوقه).

[٤] «ن» (الدعويان). وفي «ص» (قلنا: إن البينتين صحيحتان؛ لأن شرط صحة البينة أن يشهد عن علم مثله، ويجوز أن يجتمع الفريقين سببا العلم بها شهدا هذا الفريق رآه اشتراه من رجل، وسلم إليه، والآخر مثل ذلك من رجل آخر، ورأى كل فريق صاحبه يتصرف فيه تصرف الملاك.
فأما الحقيقة فليست بشرط، وليس فيه خلاف، فإن الشافعي - ﷺ - يرجح باليد، والترجيح بعد الصحة يكون، وكذلك عين بالقرعة، وذلك بعد ثبوت الاستحقاق، ولما ثبت القبول بالإجماع صار كل واحد منهما مستحقا للجميع لثبوت سببه له شرعا، فإنا لم نقيد بالحقائق التي هي عند الله ﷻ، ولما تعين كل واحد منهما مستحقا لم يجز استعمال القرعة للتعيين، بل وجب إعطاء الحصة إذا احتمل الحصة. كرجل أوصى بعبده لرجلين لكل واحد منهما به على الكمال، فإنه يكون بينهما، ولا يشتغل بالقرعة. وكأصحاب الفرائض إذا عالت سهامهم، وللغرماء إذا كان لكل واحد يستغرق التركة كلها. بخلاف عتق أحد العبدين.
ولهذا قال الشافعي في قول: إنه لا يشتغل بالقرعة، ولكن يتوقف لبيان الاستحقاق على الحقيقة التي هي عند الله ﷻ).

وكذلك البينتان ؛ لأن كل بيِّنةٍ لو انفردت كانت صحيحةً ، فلو بطلتا لبطلتا بالمعارضة ، ولا معارضة في نفس الشَّهادة ؛ لأن كل واحدةٍ توجب حقَّ القضاء بكلِّ الملك في ذلك الشَّيء لصاحبها .

وهذا الوجوب حكم شهادتهما ، والحكم الواحد يجوز أن يضاف إلىٰ علَّتين مختلفتين وعللٍ وجوبًا واستحقاقًا . كرجل مات وترك ألف درهمٍ ، وعليه لعشرةٍ دينُ ألفٍ درهم ، فكلٌّ واحد يستحقّ الكلَّ . وإذا أوصىٰ بعبدٍ لرجل ، ثم لآخر ، ثم لآخر استحقَّ كلٌّ واحد منهم الكلَّ . وكذلك شقصٌ مبيعٌ ، وله شفعاء ، استحقّ كلٌّ واحدٍ منهم كلَّ المبيع .

وإذا صحَّت الشهادتان ، والقضاء بهما ممكنٌ= وجب القضاء .

والدليل علىٰ أن القضاء ممكنٌ : أنه ليس أحدهما أوْلىٰ من الآخر ، فيقضىٰ بينهما ؛ لأن الشَّيء مما يحتمل الاشتراك ، كالشقص المبيع ، والعبد الموصىٰ به ، وألفٍ من التركة ، وعليه ألوفٌ .

ولأن ملك اليمين يقبل الشَّركة بين مُلَّاك ، وبطل استعمال القرعة كما في هذه المسائل .

وهذا بخلاف مسألة[١] شهود مكة والكوفة ؛ لأن الجمع بين الحكمين هناك ممكنٌ ، فالعتق والطَّلاق يجتمعان في ساعة واحدة ، وإنما لم تقض لتهمة الكذب علىٰ المشهود عليه .

وبيان ذلك : أن المشهود عليه لا يتصوَّر في مكانين في ساعة واحدة ، ولا

---

[١] «ص» (وليس يلزم) .

بمكة والكوفة على العادات الغالبة التي تبتنى عليها الأحكام= في يوم واحد، فيصير أحد الفريقين كاذبا عليه، وكذلك بتهمة الشَّهادة بغير علم؛ لأن سبب العلم المعاينة، ولا يتصوَّر في مكانين، وليس أحدهما بأَوْلى من الآخر، فيصير كل [فريقٍ][1] متَّهمًا بالكذب على المشهود عليه، فردَّت، كشهادة الفاسق، والشَّهادة لولده، ونحو ذلك.

فأما ههنا فلا تهمة في حق المشهود عليه؛ لأنه يجوز أن يكون مقضيا عليه للمدَّعييْن معًا بشهادتهم.

ألا ترى لو اختلف ما وقع فيه الدَّعوى قضي بالأمرين جميعًا، وإنما يمتنع من جهة أن المشهود به واحدٌ، فتمتنع الإضافة إلى البيِّنتين جميعًا، وقد ذكرنا أنه غير ممتنعٍ، فوجب القضاء بهما، ولم يجب الامتناع لما قاله.

لأن الأحكام التي يلزمنا إقامتها لم تُبن على الحقيقة التي عند الله، لكن على الأسباب الظَّاهرة لنا، ومن جملة الأسباب البيِّنةُ العادلةُ بأمرٍ نحو أن يكون كما شهد.

وبخلاف رجلين ادَّعيا امرأة، وأقام كل واحدٍ منهما البيِّنة على أنها امرأته، فإنهما تبطلان؛ لأن ملك النِّكاح لم يقع على الشِّركة صيانةً للأنساب.

فكذلك لا تثبت سببا استحقاقٍ لاثنين كمَلًا حتى لا تشتبه الأنساب، فأما ملك اليمين فجائزٌ فيه الشِّركة، فجاز أيضا ثبوت سببين لشخصين كمَلًا.

---

[1] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من حاشية «أ».

|١١٠٧| مسألةٌ: امرأتان ادَّعتا ولدًا بينهما، وأقامتا البيِّنة قضي بالولد لهما عند أبي حنيفة - ﷺ -.

وقالا: تبطل البينتان.

لأن الولد لا يثبت للمرأة إلَّا بالولادة، وهي مما ينكر بيقين، فعلمنا يقينًا أنها واحدةٌ، وقد أثبتت كل واحدةٍ الولادة لنفسها، فتعارضتا، وليست إحداهما بأوْلىٰ من الأخرىٰ، فتساقطتا[١].

بخلاف المسألة الأولىٰ؛ لأن التَّعارض فيها وقع في المستحَقِّ بالبيِّنة، فأما السَّبب فجائز اجتماعهما، بأن رأىٰ كلُّ فريقٍ أنه اشتراه من ذي يدٍ وقبض منه، وما للملك طريق ثبوتٍ نقف عليه أكثر من هذا.

وقد ذكرنا أنه جائز إضافة الحكمِ إلىٰ علَّتين، والاستحقاقِ إلىٰ سببين.

وههنا وقع التَّعارض في سبب الحكم، وهو الولادة؛ لأن الولد لا ينفك عنها، ولا يمكن القضاء به لامرأة بدونها، والسَّببان متنافيان اجتماعًا، فتعارضا.

كرجلين ادَّعيا عينًا، وأقام كلُّ واحد منهما علىٰ إقرار صاحبه له به، فإنهما يتساقطان.

وكذلك إذا ادعىٰ كلُّ واحدٍ منهما الشِّراء من صاحبه عند أبي حنيفة وأبي يوسف، فإنهما يتعارضان؛ لأنهما اختلفا في السَّبب، والآخِر يقطع الأول،

[١] «ص» زيادة (بخلاف ما إذا كانت الدعوىٰ في نتاج مائة [لعلها: مائه]، وأقاما البينة علىٰ أصلين مختلفين؛ لأن نفس النتاج غير مقصود في باب الدابة، وإنما المقصود الملك، والملك يثبت بأسباب مختلفة في الجملة، فأما نفس الولاد فمقضي به فيما نحن فيه فيما يتعلق بالبعضية من الأحكام مخصوصة، بخلاف ما لو كان المدعي رجلين).

فيصير الثَّابت أحدُهما، ولم يُدر.

بخلاف رجليْن لأن سبب الثُّبوت من الرَّجل الفراش، ويجتمع الفراشان، كأمة بين رجلين وطئآها، وحرَّة توطأ بنكاح صحيح، وفاسد.

ولأن إحدىٰ الدعويين لما صارت كاذبةً يقينًا، كذلك كانت الشَّهادة، فتردُّ بتمكُّن زيادة كذب، كما في مسألة مكة والكوفة[1].

|١١٠٨| **مسألةٌ**[٢]: وكذلك قال أبو يوسف ومحمد في رجل قتل، وترك ابنين، فأقام كل واحد منهما البيِّنة علىٰ أخيه أنك قتلتَ الأب= فإنهما تتعارضان، ولا يقضىٰ بهما.

لأن القتل مما لا يتكرَّر كالولادة سواءً، والبيِّنة قامت علىٰ القتل، وهو السَّبب لما يدَّعيان من الأحكام.

وهذا بخلاف ما إذا اختلفا في شاةٍ، فأقام كل واحد منهما البيِّنة أنها شاتي نُتجت من شاتي هذه= فإنهما تقبلان، ويقضىٰ بالشاة بينهما نصفين؛ لأنا نثبت التَّعارض في حق النتاج، ولا يقضىٰ به، ويقضىٰ بالملك بلا سببٍ، والملك حكمٌ، فيصحُّ إضافة وجوبه إلىٰ كل بيِّنةٍ، وأمكن القضاء به دون ذلك السَّبب، فقضي به.

---

[١] «ص» زيادة (ولأبي حنيفة ـ ﷺ ـ: أن الشهادة بالولادة تصح عند عيار [كذا، ولعلها: عيان] الولادة، وعن سماع من الناس فاحتملت شهادة كل فريق صحة يحل بها الأداء شرعا، كما في الملك، وكما في جانب الرجلين، والإشكال باق في الدعوىٰ علىٰ ما مر، وبذلك احتج أبو يوسف ومحمد في الكتاب. والله أعلم.).

[٢] لم تثبت هذه المسألة في «ص».

ولا يلزم إذا كان أحدهما صاحب يد ؛ لأن بيِّنته ترجَّحت بيده ، فذهب التَّعارض.

ولا يقال: لو كان معهما ثالثٌ أقام البيِّنة علىٰ أنها ملكه كان الأوَّلان أوْلىٰ لمعنىٰ النتاج ؛ لأنا نبطل النتاج للتَّعارض بينهما ، ولا تعارض في حقِّ الثالث ؛ لأنهما مجمعان علىٰ النتاج ، وهو لا يدعيه ، فثبت النتاج في حقِّ الثَّالث ، فترجَّحا عليه ، وقد احتجَّ به لذلك أبو يوسف ومحمد.

فأما ههنا فمتىٰ ألغينا السَّبب[١] ، فلا يمكن القضاء به بدونها ؛ لأن الولد لا يثبت بدون الولادة ، ولا أحكامُ القتل بدون القتل.

ولأبي حنيفة أن السَّبب لا يدَّعىٰ ، ولا يذكر إلَّا لأحكامه ، فهي المقصودة ، والأسباب تباشَر لأحكامها ، فمتىٰ استحال إثبات الدَّعوتين علىٰ نفس السَّبب ـ لأنه مما لا يتكرَّر ـ جُعل كنايةً عن حكمه الذي لا يستحيل ، ويجعل كأنهما ادَّعيا الأحكام لا بذلك السَّبب ، إذا كان يتصوَّر ، كما في مسألة دعوىٰ النتاج في شاةٍ واحدةٍ من اثنين ، علىٰ ما مرَّ.

وكما يجعل الشِّراء والهبة المضافان إلىٰ الحرَّة عبارة عن النِّكاح ؛ لأن الحقيقة غير متصوَّرة في هذا المحلِّ ، فيجعل كناية عما يوجب حكمه ، فمن حكم تمليك العين في امرأة تحلُّ له ملكُ المتعة ، فإذا لم يقبل تمليك العين صار كنايةً عن النِّكاح الذي يوجب ملك المتعة.

وكذلك أبو حنيفة يقول فيمن قال لعبده ـ ومثله لا يولد لمثله ـ: «هذا ولدي» عتق عليه.

---

[١] في حاشية «أ» (النسب).

لأن الحقيقة مستحيل، فجُعل عبارةً ومجازًا عن حكمه، فحكمه لو تحقَّق ما قال العتق عليه من حين ملكه، فيصير كأنه قال: «إنه عتق عليَّ من حين ملكته».

فكذلك لما استحال إثبات الولادة منهما يصير كأنَّ كلَّ واحدة ادَّعىٰ[١] حقَّ الحضانة والنَّفقة والإرث بعد الموت، لا بالولادة، وهذه حقوقٌ تقبل الاشتراك بغير ولادةٍ، وتثبت لاثنين كالأختين لأب، وأم والخالتين، ونحوهما، فيقضىٰ[٢] به بينهما، دون الحقيقة التي لا تتصوَّر، حتىٰ إذا ماتت إحداهما كان الولد للباقية منهما.

وكذلك الرَّجلان إذا تنازعا في نسب ولدٍ، وأقاما البيِّنة قضي به بينهما، والولد من الرَّجل بالعلوق منه علىٰ الحقيقة، والواحد لا يعلق من ماءين؛ لأنا نقضي بأحكام النَّسب، حتىٰ إذا مات أحدهما كان الولد للباقي منهما، والنَّسب لا ينقطع بالموت.

وكذلك مسألة القتل لما استحال من اثنين من كلِّ واحدٍ علىٰ الكمال جُعل كنايةً عن دعوىٰ الإرث والدِّية، فيصير سببًا واحدًا يدَّعيه رجلان، كمسألة الشاة.

حتىٰ إذا لم يمكن تعارضا، كرجلين ادَّعيا نكاح امرأة؛ لأنه لا حكم له إلَّا الوطء، ولا يجوز اجتماع رجلين علىٰ امرأةٍ وطئًا.

وأما مسألة الإقرارين فليست من هذا القبيل؛ لأن الإقرارين أو الشِّراءين متصوَّران واحدًا بعد الآخر، ولكن لأن حكم ما يقولان يلغي الملك علىٰ صاحبه، لا بشيءٍ آخر، والآخر منهما يقطع ملك الأوَّل، ويصير الأوَّل مقضيًّا

---

[١] كذا في «أ» و«ن». ولعلها: ادعت.

[٢] «ن» (فقضي).

عليه، والآخر مقضيًّا له، فاشتبه[1] المقضي عليه بالمقضي له، والنَّاسخ بالمنسوخ، فامتنع القضاء.

وفي مسألة الولادة التَّعذُّر جاء من جهة أن السَّبب لا يتعدد فيدعه إلىٰ حكمه، وكل بيِّنة استحقّ الحكم، وصحيحٌ إضافته الحكم إلىٰ سببين ـ علىٰ ما مرَّ ـ، وصحيحٌ القضاء بالشّركة إذا قبِل الشّركة، وإن لم يقبل وصحَّ بالكلِّ قُضي به.

وهذا كله وقع من جهة تعرف حدَّ المعارضة، فالمعارضة في تقابل الحجَّتين علىٰ السَّواء علىٰ سبيل الممانعة والمدافعة، دون المعاونة.

وهي إنما تقع بين المتناظرين إذا أوجبت إحدىٰ الحجَّتين تحليلًا، والأخرىٰ تحريمًا، أو إحداهما إثباتًا، والأخرىٰ نفيًا، كما يكون بين النَّاسخ والمنسوخ إذا عرف التَّاريخ، فإذا لم يعرف جاءت المعارضة.

وهذا الحدُّ ثابتٌ في مسألة الإقرارين والشِّراءين؛ لأن الآخِر ينسخ الأوَّل، فإذا لم يعرف النَّاسخ من المنسوخ تعارضا وتدافعا.

فأما إذا ادَّعىٰ كلُّ واحدٍ منهما أن هذا الشَّيء ملكي، فلا معارضة؛ لأن كل واحد يثبت الملك في ذلك الشَّيء، فكانا متفاوتين، والاختلاف في الإضافة، وغير ممتنع إضافة الواحد إلىٰ اثنين إلىٰ كلِّ واحد كَمَلًا، علىٰ ما مرَّ.

وكرجل قتله عشرةٌ يُجعل كل واحد قاتلًا علىٰ الكمال، حتىٰ يلزمه قتلٌ كاملٌ، وكفَّارة كاملةٌ إن كان خطأً.

وإذا ادَّعىٰ كل واحدٍ منهما سببًا لحكم يدعيانه، والسَّبب مما لا يتكرَّر ولا

---

[1] «أ» (فأشبه)، والمثبت من «ن».

يتصوَّر= جاء التَّعارض، كما بين النَّاسخ والمنسوخ؛ لأنهما لا يجتمعان بحال.

فإن كان الحكم مما يثبت بدون ذلك السَّبب قُضي به، وأُثبت التَّعارض في السَّبب، ولا يقتضي ذلك التَّعارض ذهاب الحكم؛ لأنه مما يثبت دونه بحال؛ لأن المنافاة في الحكم مما يُثبت مقتضًى منافاةَ السَّببين، والمقتضى لا يثبت إلَّا ضرورة.

فإذا كان الحكم مما يجوز أن يثبت دون هذا السَّبب، ويبقى، لم ينتفِ مقتضًى تنافيهما، وإذا كان لا يثبت بدون السَّبب المذكور جاءت المنافاة مقتضى تنافي الأسباب عند أبي يوسف ومحمد، كالولادتين في ولدٍ، والقتلين في شخصٍ والنّكاحين على امرأة واحدة.

وقال أبو حنيفة: إن أمكن أن يلغى السَّبب ويجعل كنايةً عن دعوى الحكم بنفسه، وذلك مما يثبت لاثنين في الجملة قضي بالحكم حتى يعمل بالحجَّة، والكلام ما أمكن، إما لحقيقته، وإما لمجازه وكنايته.

دلَّ عليه: أن حدَّ صحَّة الدَّعوى في نفسها التي يجوز إثباتها بالحجَّة أن تكون محتملة للصدق وهو قائم في هذه المسائل.

وحدُّ صحَّة الشَّهادة أن توافق الدَّعوى، وحدُّ وجوب القبول أن يترجَّح صدقها بعدالة الشَّاهد، لا بسبب آخر، وقد وجدت.

ثم بعد هذا ربما يردُّ بعارض يوجب زيادة تهمة كذبٍ على المشهود عليه، نحو أن يشهد لابنه وامرأته وقد تمكنت الزِّيادة في مسألة الكوفة ومكة، على ما مرَّ.

وقد يمتنع لضيق المحلِّ المشهود عن الحكمين جميعًا على الكمال، أو البطلان بالرد إلى النِّصف، كما في النِّكاح والدَّعوى، فسمع بحقيقته إن أمكن، وإن لم يمكن بمجازه بأن يُجعل الصَّريح كنايةً عما يجب به.

ومسألة الولادة والقتل تخرَّج على هذا لأبي حنيفة.

[١١٠٩] مسألةٌ: إذا ادَّعى رجلان ولدًا، وأقام كل واحد منهما البيِّنة أنه ولده= قُضي بالولد منهما عندنا.

وقال الشَّافعي - ﷺ -: لا يثبت[١] منهما، ولكن بحكم القافة من بني مدلج، فيُقضى لمن[٢] شهدت له القافة، وإلا، فيُستعمل القرعة(٣).

وكذلك الجواب عند أبي حنيفة في الثلاثة والعشرة والألف.

وقال أبو يوسف: لا يثبت لأكثر[٤] من اثنين.

وقال محمد: لأكثر من ثلاثة.

وكذلك أمةٌ بينهما ولدت فادَّعياه.

وجه ما ذهب إليه الشَّافعي - ﷺ - أنا علمنا يقينا[٥] أن الولد لا يعلَق من الماءين جميعًا؛ لأن ماء الرَّجل مع ماء المرأة أصلٌ تامٌّ للولد، فلا يتصوَّر من

[١] «ص» زيادة (النسب).

[٢] في حاشية «أ» (بمن).

(٣) انظر: «مختصر المزني» (٨/٢٣٧)، و«حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء» (٥/٥٥٩).

[٤] «ص» (أكثر).

[٥] «ص» (أنا تيقنا).

ماءي رجلين ولدان[١].

كالبيضة أصلٌ تامٌّ للفرخ، فلا يتصوَّر من بيضتين إلَّا فرخان[٢]، وكحبتي حنطة.

ألا ترىٰ أن الكلبة لَمَّا[٣] كانت تعلق من مياهٍ ولدت بقدرها، وكذلك الطيور تبيض بقدرها.

ولأن أهل البصر[٤] يقولون: إن المرأة إذا علقت بولدٍ انسد فم رحمها، فلا يعلق بآخر؛ لأن الماء لا يدخله؛ ولهذا لا تحيض، حتىٰ إذا ولدتِ المرأة ولدين في بطنٍ واحدٍ[٥] جعلا توأم[٦] علِقا من ماءٍ واحدٍ، لا من ماءين؛ لأنه لا يتصوَّر ذلك.

وحتىٰ قلتم: إن الولد بين اثنين [إذا مات أحدهما][٧] يكون للباقي منهما، ولو ثبت النَّسب من الأوَّل حقيقةً لما انقطع بالموت، فعلم أنه بالإجماع لا يجعل الولد مولودًا من ماءيهما، ولا يثبت[٨] النَّسب علىٰ الحقيقة منهما، بل في حقِّ أحكام النَّسب يُجعلون كثابت النَّسب من الإرث، والولاية، والحضانة.

وألا ترىٰ أن النَّسب لا يثبت من الصبي ـ وإن كان له نكاح ـ؛ لأنا

---

[١] «أ» «ن» (من ماءي رجل إلا ولدين)، والمثبت من «ص».
[٢] «أ» «ن» (ولدين)، والمثبت من «ص».
[٣] «أ» (إذا)، والمثبت من «ص».
[٤] «ص» (النظر).
[٥] في حاشية «أ» زيادة (لم يكن بينهما مقدار ما تحمل فيه).
[٦] في حاشية «أ» (توأمين). «ص» (يوما).
[٧] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٨] «أ» «ن» (ثابت)، والمثبت من «ص».

تحقَّقنا[١] بأنه لا ماء له. فثبت أنه لابدَّ من اعتبار البناء على الماء حتى يثبت النَّسب، إما حقيقةً، وإما حكمًا، بقيام الفراش مقام الوطءِ والماءِ بدليلٍ شرعي، ولكن بعد أن لا ينتفي[٢] بانعدام الماء مع[٣] الفراش، حتى إذا تحققنا من الصبي لم يثبت منه.

وكذلك عندي إذا لم يكن الوطء ممكنًا لم يثبت.

وإذا كان كذلك لم يمكن الحكم[٤] بثبوت الولد منهما، كما لا يُحكم به من المرأتين جميعًا، فلم يبق بينهما فرق إلَّا أن يترجح أحد الوجهين[٥] بدليلٍ مثله، مِن قول القافة، أو القرعة.

ولأن المشهود به واحدٌ ـ وهو النَّسب ـ، فلا يمكن الإثبات لكلِّ واحدٍ كملًا[٦]، ولا على التجزِّي[٧]؛ لأنه لا يحتمل[٨]، فيوقف عن القضاء، كما إذا أقاما البيِّنة على امرأة أنها امرأته[٩].

وإذا وجب الوقف لمعنى جهالة المستحقِّ، لا لفساد الحجَّة، لِما ذكرنا أن الشَّهادة تحلُّ بالتَّسامع أو رؤية الفراش، وقد يجتمع السَّببان= وجب تعيين[١٠]

---

[١] «ص» (تيقنا).
[٢] «ص» (نتيقن).
[٣] «ص» (من).
[٤] «ص» (الجمع).
[٥] «ص» زيادة (على الآخر).
[٦] «ص» (واحد منهما كما).
[٧] «ص» (التحري).
[٨] «ص» (لأنه لا عقل للتحري).
[٩] «ص» (على امرأة بالنكاح).
[١٠] «ص» (وحيث يعتبر).

المستحقّ بالقرعة على أصلي، أو بقول من له زيادة بصرٍ في هذا الباب؛ لأن الخبر حجّة مثبتة.

كما إذا وقع الإشكال في عيبٍ باطنٍ بالإماء، تُرى النساء ـ إن كان مما يطلع عليه النساء ـ، وإن كان من جملة الأمراض تُرى الأطباء.

ثم الدليل على اعتبار قول القافة ما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ دخل البيت وأسارير وجهه تبرق من السرور فقال: «أما ترين المجزز المدلجي مرَّ بأسامة وزيد، وهما تحت قطيفة، ورجلاهما خارج[1]، فقال: إن هذه الأقدام يشبه بعضها بعضا»(٢).

وقضى رسول الله ﷺ بولدِ وليدةِ زمعة للفراش بالظّاهر، ثم قال لسودة بنت زمعة أخته: «احتجبي؛ فإني أرى فيه[3] شبهًا بآل أبي وقاص»(٤).

أثبت بالشّبه[5] الحرمة بينه وبين سودة، فلو لم يكن معتبرًا أصلًا لما أثبت

---

[١] «ص» (باديتان).

(٢) رواه البخاري (٣٥٥٥)، ومسلم (١٤٥٩).

[٣] «ص» (به).

(٤) رواه البخاري (٢٠٥٣)، ومسلم (١٤٥٧)، عن عائشة رضي الله عنها ـ ولفظ البخاري ـ، عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ قالت: كان عتبة بن أبي وقاص، عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة مني فاقبضه، قالت: فلما كان عام الفتح أخذه سعد بن أبي وقاص وقال: ابن أخي قد عهد إلي فيه، فقام عبد بن زمعة، فقال: أخي، وابن وليدة أبي، ولد على فراشه، فتساوقا إلى النبي ﷺ، فقال سعد: يا رسول الله، ابن أخي كان قد عهد إلي فيه، فقال عبد بن زمعة: أخي، وابن وليدة أبي، ولد على فراشه، فقال رسول الله ﷺ: «هو لك يا عبد بن زمعة»، ثم قال النبي ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» ثم قال لسودة بنت زمعة ـ زوج النبي ﷺ ـ: «احتجبي منه» لما رأى من شبهه بعتبة فما رآها حتى لقي الله.

[٥] «ص» (أثبتت السنة).

الحرمة بالشَّبه.

إلا أنه ليس بعلَّة في نفسها، فلم يقض به بالنَّسب، ونحن لا نعتبره فيما نحن علَّة[١]، بل نعتبره ترجيحًا لإحدى[٢] الحجَّتين.

وقد قلتم في المستأجر ورب الدَّار[٣]: إذا اختلفا في جذع في الدَّار، والجذع عليه تصاوير، وعلى السقف تصاوير= فإن كان تصاوير الجذع مثلها كان القولُ قولَ ربِّ الدَّار، وإن لم يكن مثلها كان القولُ قولَ المستأجر؛ لأن لكل واحد منهما يدًا، ويد المستأجر أقوى؛ لأنه يد حقيقي، ويد الآخر بداره، ثم رجَّحنا يد المؤاجر بالشَّبه.

ولأن الأصل أن الفرع[٤] يتولَّد على شَبَه الأصل.

ألا ترى أن الفروع لا تخالف أصولها بأصل[٥]. التَّركيب والأشباه، فالتَّقارب في حدود الأشباه يكون دلالةً أيضا على التفرع[٦] منه كأصل[٧] الشبه، حتى أن الرجال تمتاز طائفةٌ عن طائفةٍ بالأشباه على حسب تفرُّق الأقاليم.

ولنا ما رُوي أن شريحًا كتب إلى عمر رضي الله عنه في رجلين تنازعا في ولد جاريةٍ بينهما، فكتب إليه عمر: «أنْ لبَّسا فلبِّس عليهما، ولو بيَّنَّا لبيِّن لهما، هو ابنهما،

---

[١] «ص» (عليه).

[٢] «أ» (لأحد)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «أ» «ن» (المال)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٤] «ص» (الولد).

[٥] «ص» (في أصل).

[٦] «ص» (التفريع).

[٧] «ص» (بأصل).

يرثهما ويرثانه[١]، وهو للباقي منهما»(٢).

وهكذا[٣] روي عن علي أنه قال: «هو ابنهما يرثهما ويرثانه[٤]، وهو للباقي

---

[١] «أ» «ن» (يربهما ويربانه)، والمثبت من «ص».

(٢) أقرب ما وجدته للفظ الذي ذكره المصنف ما رواه مالك في «الموطأ» (١٠٧٢/٤، رقم: ٢٧٣٨)، وعبد الرزاق (١٢٨٦٤)، والبيهقي في «سننه الكبير» (٢١٢٦٥). ولم أقف في الروايات على أن شريحا من كتب لعمر يستفتيه في المسألة. ولفظ البيهقي ـ وهو أقرب لما ذكره المصنف ـ: عن سعيد بن المسيب، أن رجلين اشتركا في طهر امرأة، فولدت ولدا، فارتفعوا إلى عمر بن الخطاب ﷺ، فدعا لهم ثلاثة من القافة، فدعا بتراب، فوطئ فيه الرجلان والغلام، ثم قال لأحدهم: انظر، فنظر، فاستقبل واستعرض واستدبر، ثم قال: أسر أم أعلن؟ فقال: «بل أسر»، فقال: لقد أخذ الشبه منهما جميعا، فما أدري لأيهما هو؟ فأجلسه، ثم قال للآخر: انظر، فنظر واستقبل، واستعرض واستدبر ثم قال: أسر أم أعلن؟ فقال: «بل أسر»، فقال: لقد أخذ الشبه منهما جميعا، فما أدري لأيهما هو؟ فأجلسه ثم قال للثالث: انظر، فنظر فاستقبل، واستعرض واستدبر ثم قال: أسر أم أعلن؟ فقال: «بل أعلن»، فقال: لقد أخذ الشبه منهما جميعا، فما أدري لأيهما هو؟ فقال عمر ﷺ: «إنا نقوف الآثار»، ثلاثا يقولها، وكان عمر ﷺ قائفا، فجعله لهما يرثانه ويرثهما، فقال سعيد: أتدري من عصبته؟ قلت: لا، قال: الباقي منهما».
ويدل على أنه الأثر الذي أشار إليه المصنف ما قاله الزيلعي في «نصب الراية» (٢٩١/٣): «قوله: «روي أن عمر ﷺ كتب إلى شريح في هذه الحادثة، لبسا، فلبس عليهما، ولو بينا لبين لهما، وهو ابنهما يرثهما ويرثانه، وهو للباقي منهما»، ... قلت: الجارية هي أمة كانت بين شريكين أتت بولد فادعياه، والحديث رواه البيهقي بنقص يسير، أخرجه عن مبارك بن فضالة عن الحسن عن عمر في رجلين وطئا جارية في طهر واحد، فجاءت بغلام، فارتفعا إلى عمر، فدعا له ثلاثة من القافة، ... قال البيهقي: هو منقطع، ومبارك بن فضالة ليس بحجة، ورواه عبد الرزاق في «مصنفه» أخبرنا معمر عن قتادة، قال: رأى القائفة، وعمر جميعا شبهه فيهما، وشبههما فيه، فقال عمر: هو بينكما يرثكما وترثانه، قال: فذكرت ذلك لابن المسيب، فقال: نعم، هو للآخر منهما».
وذكر ابن حجر في «الدراية» (٨٨/٢) نحوا من هذا الكلام. وانظر: «إرواء الغليل» (٢٥/٦).

[٣] «أ» (وكذلك).

[٤] «أ» «ن» (يربهما ويربانه)، والمثبت من «ص».

منهما»(١).

ومثل هذه الحادثة مما[٢] يشتهر في النَّاس قضاءً بأمرٍ نادرٍ بعدَ منازعةٍ واستفتاءٍ، ولم يُرو عن أحدٍ خلافٌ، فصار كالإجماع.

❁ فإن قيل: روي عن عمر ـ في رجلين ادَّعيا ولدَ جاريةٍ ـ أنه دعا أربعةً من القافة، وأمر الرَّجلين بوضع أقدامهما في التراب، ثم أمر بوضع قدم الصبي فوضع[٣]، فنظر القافة إلىٰ ذلك فقال عمر: هل أثبتم شيئًا[٤]. فقالوا: إن الولد منهما، فعلاهم بالدُّرَّة، وقال: «كنت أعلم أن الكلبة تلقح عددا من الكلاب، ولكن ما علمت أن النساء تفعلن[٥] ذلك»(٦).

(١) رواه عبد الرزاق (١٣٤٧٣)، وابن أبي شيبة (٣١٤٦٧)، والبيهقي في «سننه الكبير» (٢١٣٤٣). ولفظ ابن أبي شيبة: حدثنا جرير، عن مغيرة، عن الشعبي، قال: «قضىٰ علي في رجلين وطئا امرأة في طهر واحد، فولدت فقضىٰ أن جعله بينهما، يرثهما ويرثانه، وهو لآخرهما حياة». وانظر: «نصب الراية» (٣/٢٩١)، و«الدراية» (٢/٨٨).

[٢] «أ» (ما).

[٣] «ن» (ثم أمر بقدم الصبي فوضع). «ص» (فوضعا، ثم أمر بقدم الصبي فوضع).

[٤] «أ» (أثبتم نسبا)، «ص» (أتيتم شيئا). والمثبت من «ن».

[٥] «ص» (يفطن).

(٦) رواه الطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (١٢/٢٥٧)، وعبد الرزاق ـ مختصرا ـ (١٣٤٧٧). ولفظ الطحاوي: عن أبي المهلب أن عمر بن الخطاب ﷺ قضىٰ في رجل ادعاه رجلان، كلاهما يزعم أنه ابنه، وذلك في الجاهلية، فدعا عمر أم الغلام المدعىٰ، فقال: «أذكرك بالذي هداك للإسلام لأيهما هو؟» قالت: لا، والذي هداني للإسلام، لا أدري لأيهما هو، أتاني هذا أول الليل، وأتاني هذا آخر الليل، فما أدري لأيهما هو؟ فدعا عمر من القافة بأربعة، وعاد ببطحاء، فنثرها، فأمر الرجلين المدعيين، فوطئ كل واحد منهما بقدم، وأمر المدعي، فوطئ بقدم، ثم أراه القافة، فقال: انظروا، فإذا أثبتم فلا تكلموا حتىٰ أسألكم، فنظر القافة، فقالوا: قد أثبتنا، ثم فرق بينهم، ثم سألهم رجلا رجلا، فتعاقدوا يعني: فتتابعوا أربعتهم، كلهم يشهد أن هذا لمن=

فابتداء القصَّة دليلٌ على وجوب الرجوع إلى قول القافة ، والانتهاء دليلٌ على أنه لا يجوز أن يكون الولد لهما ، وعلاهم بالدِّرَّة لفتواهم عن جهلٍ في ذلك الباب .

۞ قلنا : إن عمر لم يأخذ بقولهما ، وعلاهما بالدِّرَّة ، فعلم أن قولهم باطل ، وأنه إنما أمرهما بذلك ليبين للناس أنهم لا يعلمون شيئًا ، وأن[1] هذا شيء من أحكام الجاهليَّة ، كالقرعة حكم عن غير علم .

۞ فإن قيل : روي عن علي أنه كان قاضيا باليمن على عهد رسول الله ﷺ ، فرفعت إليه هذه الحادثة ، فأقرع ، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فسُرَّ به(٢) .

= هذين ، فقال عمر : «يا عجبا لما يقول هؤلاء ، قد كنت أعلم أن الكلبة تلقح بالكلاب ذوات العدد ، ولم أكن أشعر أن النساء يفعلن ذلك قبل هذا ، إني لأرى ما ترون ، اذهب فإنهما أبواك» . وسنده صحيح . انظر : «نخب الأفكار» للعيني (١٤/٥٣٧) ، و«إرواء الغليل» (٦/٢٦) .

[١] «أ» (فإن) .

(٢) رواه أحمد (١٩٣٢٩) ، وأبو داود (٢٢٦٩) ، والنسائي في «المجتبى» (١/٣٤٨٨) ، وابن ماجه (٢٣٤٨) ، والحاكم (٢٨٤٦) . ولفظ أبي داود : حدثنا مسدد ، حدثنا يحيى ، عن الأجلح ، عن الشعبي ، عن عبد الله بن الخليل ، عن زيد بن أرقم قال : كنت جالسا عند النبي ﷺ ، فجاء رجل من اليمن ، فقال : إن ثلاثة نفر من أهل اليمن أتوا عليا ، يختصمون إليه في ولد ، وقد وقعوا على امرأة في طهر واحد ، فقال : لاثنين منهما طيبا بالولد لهذا فغليا ، ثم قال : لاثنين طيبا بالولد لهذا فغليا ، ثم قال : لاثنين طيبا بالولد لهذا فغليا ، فقال : أنتم شركاء متشاكسون ، إني مقرع بينكم فمن قرع فله الولد ، وعليه لصاحبيه ثلثا الدية ، فأقرع بينهم ، فجعله لمن قرع ، «فضحك رسول الله ﷺ حتى بدت أضراسه أو نواجذه» .

قال الحاكم في «المستدرك» (٢/٢٢٥) : «قد اتفق الشيخان على ترك الاحتجاج بالأجلح بن عبد الله الكندي ، وإنما نقما عليه حديثا واحدا لعبد الله بن بريدة ، وقد تابعه على ذلك الحديث ثلاثة من الثقات فهذا الحديث إذا ، صحيح ولم يخرجاه» . وقال الذهبي : صحيح .

والحديث أعله النسائي في السنن الكبرى (٥/٢٩٠) بالاضطراب . =

❁ **قلنا:** وبالإجماع لا يُقرع بنفس الدَّعوىٰ قبل البيِّنة.

ولأنا روينا عن علي رضي الله عنه بخلافه بعد وفاة رسول الله ﷺ، والراوي إذا عمِل بخلاف ما روىٰ بطل العمل بالرواية[١]، وعُلم بانتساخها.

وأما حديث عائشة ـ رضي الله عنها ـ فتأويله: أن النبي ﷺ حكم بالنَّسب للفراش، وكان أحدهما أسود، والآخر أبيض، وكان المنافقون يطعنون بسبب الشَّبه علىٰ حكم الجاهليَّة، فلما قالت ذلك القافة، وعندهم ذلك حجَّة قاطعة للطعن سُرَّ به.

ولأن السُّرور جائزٌ بخبر هو صدق، ولكن ليس كل خبرِ صدقٍ يكون حجَّةً، كخبر العبد في الأموال.

وأما حديث ولد وليدة زمعة فرسول الله ﷺ قضىٰ بالولد للفراش بإقرار عبدِ بن زمعة أنه أخوه، وُلد علىٰ فراش أبيه، ولم يكن إقراره حجَّةً علىٰ سودة، فلم يكن يثبت بينهما أخوة، فحقَّق ذلك رسول الله ﷺ عليها بطريقٍ كان عندهم طريقًا، وهو الشَّبه، والحكم متىٰ ثبت بحجَّةٍ هي حجَّةٌ شرعيةٌ جاءت[٢] بخلاف العادة فإن القلب لا يطمئن إليها. وإن قُبلت فيجوز استعمال ما يطمئن إليه القلب ببيان ما هو معتادهم طلبًا لطمأنينة القلب، لا لإثبات الحكم، وكان هذا من قبيل

= وقال البيهقي في السنن الكبير (١٠/٤٥٠): «والأجلح بن عبد الله قد روىٰ عنه الأئمة الثوري وابن المبارك ويحيىٰ بن القطان، إلا أنه لم يحتج به الشيخان البخاري ومسلم، وعبد الله بن الخليل ينفرد به، واختلف عليه في إسناده ورفعه».

وقال العقيلي في «الضعفاء الكبير» (١/١٢٣): «ولا يتابع الأجلح علىٰ هذا مع اضطرابه فيه إلا من هو دونه محمد بن سالم...». وقال ـ في موضع آخر ـ (٢/٢٤٤): «الحديث مضطرب الإسناد متقارب في الضعف».

[١] «ص» (بروايته).

[٢] «ص» (جاز).

سرور النبي ﷺ بقول القافة في أسامة وزيد.

وأما المعنى: فهو أنهما استويا في سبب الاستحقاق، فيستويان في الاستحقاق، وهذا لا شك فيه.

وإنما[١] الشُّبهة[٢] في تثبيت سبب الاستواء[٣]، **فالدليل عليه** أن كل واحد منهما أثبت حقَّه بسببٍ مثلِ سببِ صاحبه، والتَّعيين بقول القافة والقرعة باطلٌ، لأن كل واحد منهما متعيِّن، كما في ملك اليمين الذي مر بيانه، وكما في مسألة العتاق أن[٤] القرعة باطلةٌ في التَّعيين.

ولا يلزم إذا أقاما البيِّنة على نكاح امرأةٍ؛ لأنهما قد استويا.

❁ **فإن قيل:** ملك اليمين يحتمل التجزئة، والنَّسب لا يحتمل على ما ذكرنا[٥]، فكان هذا كالنِّكاح يثبته رجلان.

❁ **قلنا:** النَّسب[٦] عينه ليس بمقصود، وإنما المقصود منه أحكامه من الإرث، والتناصر، والتواصل، والنَّفقة، والحضانة، والعتق. والنَّسب سببٌ لها يقصد لأجلها، فصار[٧] المعتبر ما هو المقصود منه، وهذه المقاصد تحتمل التجزئة والشّركة، كما إذا ثبتت بالأخوة أو العمومة أو الخؤولة، ولهذا أثبت

[١] «أ» (وأما)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «ص» (الشبه).

[٣] «ص» (في تثبيت الاستواء في السبب عن نكاح أو ملك يمين).

[٤] «أ» (لأن)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٥] «ص» (والسبب يحتمل).

[٦] «ص» (سبب).

[٧] «ص» (قضاء).

أبو حنيفة - رحمه الله - من امرأتين، ولهذا يجعل النَّسب للباقي منهما.

فأما النّكاح فالمقصود منه ملك الوطء، وما يتولد منه فرع وزوائد[١]، وهذا الملك لا يحتمل التجزي والشَّركة، فلذلك لم يجب الحكم بالبيِّنتين، بل وجب الوقف.

[ولذلك حكم أبو حنيفة بالولد من امرأتين، وإنه لا يتصوَّر؛ لأن الأحكام متصوَّرة على الشّركة، كما يثبت للخالتين من الحضانة والإرث، وكذلك العمَّتان والأختان][٢].

ثم الدليل على إبطال القرعة للتَّعيين ما مرَّ في كتاب العتاق والطَّلاق: أن الحقَّ متى ثبت لمجهولٍ كان لثبوته في العين[٣] حكم ابتداء الثُّبوت في حق العين[٤]، فلا يثبت بالقرعة، كما لا يثبت بالابتداء[٥].

وأما حديث القافة فخبرهم ليس بحجَّةٍ، ولا ترجيحٍ؛ لأنهم يخبرون عن شبهٍ، والشَّبه[٦] دليلٌ محتملٌ؛ لأن الولد يأخذ[٧] الشَّبه من أبيه وأمه، وقد يأخذ الشَّبه من جدِّه وجدِّ جدِّه إلى الأعلى، ويكون ذلك الشَّبه قد انتزع من ذلك الأصل إلى سائر أولاده الذين هم أجانب اليوم، فيدل الشَّبه الشَّاهد[٨] للحال أنه ابن

---

[١] «ص» (ورواية).

[٢] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٣] «ص» (الغير).

[٤] «ص» (الغير).

[٥] «ن» (الابتداء).

[٦] «ص» (الشبهة).

[٧] «ص» (قد يأخذ).

[٨] «ص» (فيدل السبب شاهد).

أجنبي وهو ابن أبيه[١] أخذ ذلك الشَّبه من جدِّ جدِّه.

وإليه أشار النبي ﷺ حيث أتاه رجل ينفي ولده بعلَّة مخالفة الألوان فقال له النبي ﷺ: «هل لك من إبلٍ؟». فقال: نعم. فقال: «ما ألوانها؟» فقال: حمر. فقال: «هل فيها من أورق؟» فقال: نعم. فقال ﷺ: «من أين جاء؟». فقال: لعل عرقا نزع. فقال ﷺ: «لعل عرقا نزع»(٢).

❁ فإن قيل: نعم هذا مسلَّمٌ، ولكن الظَّاهر لنزوع عروق الآباء دون الأصول، فتترجَّح البيِّنة بهذا الظَّاهر. كما لو كان الولد في يد أحدهما كان أوْلىٰ.

❁ قلنا: أرأيت لو ادَّعيا ولدا في أيديهما وبأحدهما[٣] شبه. أكنت ترجح يده بالشَّبه؟

وهذا لأن هذا طريقه استصحاب الحال لعدم دليل التغير، لا بدليلٍ موجبٍ للبقاء؛ لأن كونه من أبيه لا يوجب أن لا يأخذ شبه[٤] أجنبي، وهو من جدِّ جدِّه علىٰ ما مرَّ.

ومثل هذا الظَّاهر يكون [حجَّةً][٥] دافعةً لا موجبةً، علىٰ ما مرَّ فيما مضىٰ.

إلا أنه يقول: إنا نجعله[٦] دافعةً للحجَّة الأخرىٰ.

---

[١] «ص» (ابنه).

(٢) رواه البخاري (٥٣٠٥)، ومسلم (١٥٠٠). عن أبي هريرة ﷺ.

[٣] «ن» (ويأخذهما).

[٤] «ص» (شيئا عن).

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٦] «ص» (أجعلها).

ألا ترىٰ أن اليد حجَّةٌ دافعةٌ، وترجَّحت بها البيِّنة، وكذلك تصاوير الجذع الذي مرَّ ذكره.

والجواب الصَّحيح أن الشَّرع لما أقام الفراش الظَّاهر في هذا الباب مقام الماء في حقِّ مَن يجوز أن يكون له ولدٌ سقط اعتبار حقيقة الماء، والشَّبه يكون من حقيقته، فسقط اعتباره رأسًا؛ تيسيرا علينا في إقامة [السَّبب][١] الظَّاهر مقام الباطن الذي يتعذَّر الوقوف عليه، وتطييبًا لقلوب الآباء[٢] حالَ شبهِ أولادهم بغيرهم بأنْ لم يجعل للشَّبه عبرةً.

|١١١٠| مسألةٌ: قال أبو يوسف: والقياس ما قاله الشَّافعي - رحمه الله -.

لأن النَّسب لا يحتمل التجزي[٣]، إلَّا أني[٤] تركته بنصِّ الصحابة، فلا أقيس الثلاثة[٥] علىٰ الاثنين.

ومحمد يقول: القياس صحيحٌ، علىٰ ما بيَّنَّا عن[٦] الشافعي أن العبرة للأحكام.

بخلاف النِّكاح لرجلين، وبخلاف المرأتين تدَّعيان[٧] ولدًا، إلَّا أن الأخذ

---

[١] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٢] «ص» (بشبهة تعتريهم، فحالوا الاشتباه. والله أعلم.).

[٣] «ص» (التجزئة).

[٤] «ص» (ألا ترىٰ).

[٥] «أ» «ن» (الثلث)، والمثبت من «ص».

[٦] «أ» (علىٰ)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٧] «أ» (يتداعيان).

به يفحش في الكثير[١]، فيثبت نسب ولد من ألفِ ألفٍ، فتركنا القول به وجعلنا الحدَّ الفاصل بين القليل والكثير بالثلاثة على ما عرف، والله أعلم.

|١١١١| مسألةٌ: الخارج وذو اليد إذا أقاما البيِّنة على مطلق الملك كانت بيِّنة الخارج أولى عندنا.

وقال الشَّافعي - رحمه الله -: بيِّنة ذي اليد أولى(٢).

لأن كلتا البينتين قُبلتا بدليلِ قولِ النبي ﷺ: «البيِّنة على المدَّعي، واليمين على من أنكر». وكل واحد منهما مدعٍ صورةً ومعنًى.

أمَّا الصورة؛ فلأنه يقول: هذا الشَّيء لي، وليس لك.

وأمَّا المعنى؛ فلأن كل واحد منهما يحتاج إلى إثبات صدقه بالحجَّة لتنقطع منازعة الآخر معه.

وهذا كالمتبايعين إذا اختلفا في ثمن المبيع[٣]، وأقاما البيِّنة، قُبلت بينتاهما جميعًا.

وكذلك إذا كانا خارجين جميعًا.

وكذلك إذا ادَّعيا النتاج، والمسألة بحالها.

وكذلك إذا ادَّعيا نسب ولد هو في يد أحدهما، وأقاما البيِّنة.

---

[١] «ص» (الكبير).

(٢) انظر: «نهاية المطلب في دراية المذهب» (٢٩/٧)، و«الغاية في اختصار النهاية» (١٣٥/٤).

[٣] «ص» (البيع).

وأما من حيث المعنىٰ الفقهي ، فهو أنه[١] ادعىٰ مالًا علىٰ خصم ينازعه ، فتقبل بيِّنته ؛ قياسًا علىٰ الخارج .

ولا يلزم إذا أقام البيِّنة بلا خصم حضر معه ؛ لأنه لا خصم .

ولا يلزم إذا أقام قبل الخارج ؛ لأن من مشايخنا من يقول: تقبل البيِّنة .

وإن سلمنا[٢] أنه لا تقبل ، فلا يلزم ؛ لأنا علَّلنا لقبول بيِّنة ذي اليد قياسًا علىٰ الخارج ، ولم نعلِّل لبيان الحال .

ثم للقبول شرائط منها: مجلس القضاء ، ومنها خصم ، ومنها أن لا يشهد الظَّاهر له ، وقبْل بيِّنة الخارجِ الظَّاهرُ شاهدٌ لذي اليد[٣] ، وبعد بيِّنته يصير الظَّاهرُ للخارج ، ومنها حاجته إليها ، وقيل[٤] بيِّنة الخارج لا حاجة به[٥] إلىٰ استحقاق ما في يده ؛ لأن الآخر بدعواه لا يستحقُّ حقًّا في المال ، وبعد بيِّنة الخارج قد احتاج إلىٰ المعارضة دفعًا للاستحقاق عن نفسه ، واليد التي له لا تكفي لمعارضة الخارج ، ولا الملك الثَّابت باليد يعارض الملك الثَّابت بالبيِّنة ؛ لأن الثَّابت بالبيِّنة أقوىٰ ، ولما احتاج ثبت شرط صحَّة المحاجة بالبيِّنة ، فقُبلت .

ألا ترىٰ أنهما إذا ادَّعيا النتاج سمعت[٦] بيِّنة ذي اليد لهذا المعنىٰ .

وكذلك إذا ادعيا الشِّراء من اثنين وأرَّخا ، وتاريخ ذي اليد أسبق سُمعت

---

[١] «ص» (فلأنه).

[٢] «أ» (سلمناه) ، والمثبت من «ن» و«ص» .

[٣] «ص» (بينة الظاهر شاهدة له) .

[٤] كذا في «أ» «ص» ، ولم تضبط في «ن» . والأقرب أنها: (وقبل) .

[٥] «ص» (له) .

[٦] «ص» (صدقت) .

بينته بالإجماع.

وكذلك إذا أقام الخارج البيِّنة أن هذا العبد عبده، وأقام ذو اليد البيِّنة أنه عبده دبَّره= سُمعت بيِّنته.

وكذلك لو ادعيا جميعًا الملك والتدبير والمسألة مذكورة في آخر الدَّعوىٰ.

وكذلك لو ادعيا جميعًا الملك والإعتاق.

وإذا قبلت البينتان جميعًا ترجَّحت بيِّنة ذي اليد باليد، كما في النتاج، وكما في دعوىٰ سبق الملك، وكما في التدبير والإعتاق.

وهذا لأن اليد ضربُ دلالةٍ علىٰ الملك، فترجَّح[١] به البيِّنة، كما يترجح الخبران إذا تعارضا بالقياس.

ويحتج علمائنا بقول[٢] النبي ﷺ: «البيِّنة علىٰ المدَّعي، واليمين علىٰ من أنكر»(٣).

فظاهره يقتضي أن لا بيِّنة علىٰ المنكر، ولا يكون منه حجَّة، وأن المنكر غير المدَّعي؛ لأن النبي ﷺ قسَّم الخصوم، فجعل قسمًا مدَّعيا، وقسمًا منكرًا، وقسَّم الحجج نوعين، فجعل نوعًا علىٰ المدَّعي، ونوعًا علىٰ المنكر، والقسمة تقتضي التمييز، ثم الخارج مدَّعٍ بالإجماع، فلا يكون الآخر إلَّا منكرًا.

والمعنىٰ الفقهي: أنا أجمعنا أن بيِّنة ذي اليد لا تُقبل بغير خصم لعدم

[١] «ص» (فترجح).

[٢] «ص» (ولنا قول).

(٣) تقدم تخريجه.

المنازعة والخصومة.

فكذلك بعد الدَّعوىٰ قبل بيِّنة الخارج؛ لأنه لا يستحقُّ شيئًا بالدَّعوىٰ، فلم يحتج بدعواه إلا إلىٰ الجواب، فإذا أنكر تمت المقابلة، فصارت دعواه بعد المقابلة كدعواه قبل خصومته[1].

وأما إذا قامت البيِّنة[2] للخارج فما له بعدُ حقٌّ قبل القضاء، لكن ثبت له حقُّ القضاء بإقامة الحجَّة، فوقعت الحاجة إلىٰ مقابلة الحجَّة بمثلها، فصحَّ دعوىٰ الملك لإقامة البيِّنة ليقابل الخارج علىٰ ما زعم، إلَّا أن بيِّنة الخارج تكون أَوْلىٰ إذا أقاما علىٰ مطلق الملك.

لأن البيِّنة شرعت للإثبات، والخارج بيِّنته لنفسه علىٰ ذي اليد؛ لأنه مستحقٌّ ظاهرًا بيده، وبالبيِّنة يبطل حقُّه.

وذو اليد إن أثبت لنفسه ملكًا مثل ما أثبته الخارج، ولم يكن ثابتًا باليد، فما أثبته علىٰ الخارج، وما أبطل حقَّه؛ لأنه لم يثبت له بعدُ حقٌّ، بل دفعه عن نفسه، فكان بيِّنة الخارج أكثر إثباتا[3] متىٰ استحقَّه علىٰ ذي اليد، وأبطل حقه الثَّابت قبل بيِّنته، فصارت أَوْلىٰ. إلا أن يدَّعي ذو اليد ملكًا أسبقَ من ملكه؛ لأنه يثبت في وقتٍ لا ينازعه الآخر فيه، فيصير أَوْلىٰ.

وكذلك إذا ادَّعيا جميعًا الملك والتدبير، وأقاما البيِّنة، فبيِّنة ذي اليد أولىٰ؛ لأن التدبير يوجب الولاء، والولاء بمنزلة النَّسب، ولا يحتمل النقض، فإذا آل

---

[1] «ن» (خصومة). «ص» (الخصومة).

[2] «ص» (وإذا كانت بينة).

[3] «ص» (لكونها مثبتة للاستحقاق علىٰ ذي اليد ومبطلة حقه الثابت قبل).

الأمر إلىٰ إثباته صار الملك تبعًا له، وذو اليد مثل الخارج في استحقاق الولاء؛ لأنه يستحقّه علىٰ العبد، لا علىٰ الخارج، ولما استويا ترجَّح باليد.

وكذلك النَّسب؛ لأنه يثبت بينه وبين الولد، لا بين الخارج وذي اليد.

وأما إذا أقاما[١] البيِّنة علىٰ النتاج؛ فإن كان مما يتكرَّر فبيِّنة الخارج أوْلىٰ؛ لأن التملك به[٢] يتصوَّر علىٰ صاحبه نحو مِسح في يدي رجل ينقضه آخر، ويغزله، وينسجه مِسحًا، فقد تملَّكه[٣] عليه، فلما تصور التملك به علىٰ صاحبه، كمطلق الملك صار استحقاق الخارج أكثر علىٰ ما قلناه.

وأما إذا كان مما لا يتكرَّر كان الدَّعوىٰ دعوىٰ ابتداءِ تملك العين[٤]، لا علىٰ أحد؛ لأن ابتداءه لا يتصوَّر علىٰ غيره، فصار بمنزلة دعوىٰ الولاء والنَّسب، يثبتان ابتداءً علىٰ الولد والعبد، لا علىٰ خصمٍ، فساوىٰ ذو اليد الخارج، فترجَّح بيِّنته باليد.

فعلمت أن بيِّنة ذي اليد مقبولةٌ في هذه المسائل لحاجته إلىٰ إثبات ملك يعارض الخارج، وأنه غيرُ ثابتٍ باليد، فصحَّت دعواه وبيِّنته كذلك.

ثم العمل يجب بالرَّاجح منهما، أو يجب العمل بهما إذا استويا وأمكن العمل بالشّركة، أو يجب الوقف إذا لم يحتمل.

والذي يوضِّحه أن البيِّنة[٥] كما تُقبل علىٰ دعوىٰ أمرٍ غير ثابتٍ بالظَّاهر تُقبل

---

[١] «ص» (إذا قلنا).

[٢] «ص» (لأن التمليك يتصور).

[٣] «أ» (تملك)، والمثبت من «ن».

[٤] «ص» (الغير).

[٥] «ص» (توضحه البينة عمل علىٰ دعوىٰ).

على دعوى أمرٍ ثابتٍ بالظَّاهر ليصير أثبت.

ألا ترى أن المودع إذا ادَّعى ردَّ الوديعة، وأنكر الآخر، كان القولُ قولَ الرادِّ، وإذا أقام البيِّنة قُبلت بيِّنته، كما لو كان غاصبًا، ولم يصدَّق على دعواه.

ولا فُرقان[١] بين ذي اليد والخارج إلَّا من حيث ثبوت الملك لِذي اليد بظاهر اليد، إلَّا أنا لا نقبل قبْل بيِّنة الخارج، لأنه لا يحتاج إلى الإثبات، كما قبْل خصومة[٢]، لما ذكرنا أن دعواه قوبل بإنكاره، وحاجته في الحقيقة إلى المعارضة والمقابلة ليندفع عنه[٣] شرُّه، لا ليستحِقَّ عليه شيئًا هو له في الظَّاهر، فما ثبت للمدَّعي قبل القضاء له حقٌّ بعده فيما ادَّعاه، وإنا[٤] قضينا للخارج لضربِ رجحانٍ له على بيِّنة[٥] ذي اليد، لا لأن[٦] بيِّنة ذي اليد لا تُقبل بحكم يده، والله أعلم.

ومن هذا الجنس مسائل بين علمائنا.

[١١١٢] **مسألةٌ:** رجلان تنازعا في مالٍ، وأقام كل واحد منهما البيِّنة أنه اشتراه من صاحبه، فإن البيِّنتين تبطلان[٧] عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وتبقى الدَّار[٨]

[١] «ص» (ولا فرق).

[٢] «ص» (حضرته).

[٣] «ص» (ليندفع بعد عنه).

[٤] «ص» (فما ثبت بعد قبل القضاء حق فيما ادعاه، إلا أنا).

[٥] «ن» (بينته).

[٦] «ص» (إلا أن).

[٧] «ص» (تهاترت البينتان).

[٨] «ص» (العين).

في يدي من كانت الدَّار في يده.

وقال محمد: إن قامت البيِّنتان على الشِّراء بلا قبضٍ قضي[١] بالدَّار للخارج، وإن قامتا على الشِّراء والقبض قضي به لذي اليد.

وذهب إلى أن البيِّنات حجج الله، فيجب العمل بها ما أمكن على ما هو الأصل في حجج الله، وعلى ما مرَّ فيما مضى من أمور البيِّنات المتعارضة، والعمل بها بضرب ترجيحٍ، وإذا صارت الحجَّة واجب العمل بها ما أمكن إلَّا بدليل، وقد احتمل كل واحدٍ من الشِّراءين أن يكون سابقًا ولاحقًا احتمالًا على السَّواء، ولم يشهد الشُّهود بالمقارنة[٢]، بل بشراءٍ ليس معه غيره، لم يحكم بالمقارنة[٣] بنصِّ الشَّهادة، وبقي[٤] الأمر للاحتمال، والحجَّة يعمل بها ما يمكن[٥]، فيترجَّح الجانب الذي يتعلَّق العمل به، حتى يبقى واجب العمل به، ولم يجز ترك هذا العمل بعدما وجب بالاحتمال.

وإذا كان كذلك وجب تقديم شراء ذي اليد إذا لم يشهدوا بالقبض ليصحَّ الشِّراء الثَّاني بعده، فيصير كأنه اشترى وقبض، ثم باع، فلزمه التسليم، فيكون عملًا بالحجتين جميعًا، وليس يعارضه الآخر بمثله؛ فإنا لو جعلنا شراء الخارج أوَّلا ـ والقبض لم يثبت بشهادة ـ يصير بائعًا ما اشترى قبل القبض، فلا يصحُّ.

فأما إذا شهدوا بالشِّراء والقبض، فأي البيعين جُعل سابقًا صحَّ الآخر

[١] «أ» (قبض)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «ص» (بالمقاربة).

[٣] «ص» (بل يحمل بالمقاربة).

[٤] «ص» (ونفي).

[٥] «ص» (أمكن).

بعده[١]، فيستويا من هذه الوجوه[٢]، فأخَّرنا شراء ذي اليد لتكون يده صحيحةً بحكم البيِّنة عن شراءٍ لا بيعَ بعده.

بخلاف ما إذا أقام كلُّ واحدٍ منهما البيِّنة على إقرار صاحبه له؛ لأن كلَّ واحدٍ من الإقرارين يصحُّ قبل القبض وبعده، فلا يبقى لأحدهما على الآخر رجحانٌ في الصحَّة، فاستويا، فجعل كأنهما وقعَا معًا، فبطلا، واندفع كلُّ واحدٍ بالآخر.

ولا[٣] يحتمل أن الخارج اشترى أوَّلًا، وقبض، ثم باع، فصحَّ؛ لأن الشُّهود لم يشهدوا بقبضٍ، فلا يمكننا أن نقضي[٤] به بغير حجَّة.

ولا معنى لقولكم: إن فيما ذهبنا[٥] إثبات تاريخٍ لم يشهد به الشُّهود؛ لأن الشُّهود ما شهدوا بالمقارنة[٦]، بل شهدوا ببيعين متفرِّقين، وقد احتمل كلُّ واحدٍ منهما السَّبق، فرجَّحنا نحن أحد الاحتمالين بدليلٍ، والتَّرجيح بيَّن المراد بالحجَّة مرادًا كان[٧] يحتمله، فيصير بعد البيان ثابتًا كأنه كان مفسَّرا فيه، فيكون ثابتًا بالحجَّة نفسها وشهادتهم ما احتمل القبض، فإنه جائزٌ ثبوتهما[٨] بلا قبضٍ، ولم يجز ثبوتهما متفرِّقين بلا سبقٍ لأحدهما، فصار السَّبق محتمله[٩] ضرورةً، دون القبض.

---

[١] في حاشية «أ» (وحده).

[٢] «ص» (يستويان من هذا الوجه).

[٣] في «ص» وحاشية «أ» زيادة (يقال).

[٤] «أ» «ن» (فلا يمكنه أن يقبض)، والمثبت من «ص» وفي حاشية «أ» (يقضي).

[٥] «ص» (ذهبتم).

[٦] «ص» (بالمقاربة).

[٧] «ص» (مراد كما).

[٨] «أ» (ثبوتها)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٩] «أ» (محتملة)، والمثبت من «ن» و«ص».

ولا معنىٰ لقولكم: فيه إبطال يد ذي اليد، فإنا نقضي به للخارج؛ لأن الشُّهود ما شهدوا باليد، فلم يكن صحَّتها أو فسادها من حكم البيِّنة في شيءٍ، إنما شهدوا بالشِّراءين، لا غير، فنعتبرهما أوَّلًا، لا معنًىٰ آخر، حتىٰ إذا شهدوا باليد والشِّراء جميعًا قضينا بالمال لذي اليد؛ لأن اليد مشهودٌ بها، فلا تبطل اليد القائمة ما أمكن تصحيحها.

والحجَّة لهما[١]: أن الشِّراء سببٌ، والمقصود منه الملك، وإنه بدون الملك لغوٌ لا يُشتغل بإثباته، ومن حيث الملك كلٌّ[٢] واحدٍ يدَّعي أنه ملكه بهذا السَّبب، وقد ساواه في الحجَّة واحتمال الصحَّة من حيث قبل وبعد، أو من حيث ثبوته دون الآخر، فيجعل كأنهما وقعَا معًا، فيبطلان كما في الإقرارين.

فأما اعتبار[٣] محمد فراجعٌ[٤] إلىٰ السَّبب دون الملك؛ إذ كلٌّ يدعىٰ أن ملكه للحال صحيحٌ بهذا السَّبب.

وما قاله[٥] محمد يبطل الصحَّة لأحدهما بعينه، فلم يجز التَّرجيح بصحَّة السَّبب، واعتباره يوجب الإخلال بالمقصود في جعل أحدهما بعينه مقضيًّا عليه ملكًا، والآخر مقضي له.

فالأسباب ما قُصدت إلَّا لأحكامها، وسقط اعتبارها[٦] متىٰ عارضها

[١] «ص» (ولهما).
[٢] «ص» (كان).
[٣] «ص» (اعتذار).
[٤] «ص» (فراجح).
[٥] «ص» (وأما).
[٦] «ص» (وسقطت متىٰ).

المقصود من أحكامها وتصير العبرة للحكم على أن كلَّ واحدٍ يدَّعي أنه اشتراه منه شراءً صحيحا. ألا ترى لو تفرَّد بالبيِّنة دون صاحبها أيّهما كان صحَّ.

[١١١٣] مسألةٌ: رجل ادَّعى دارًا على رجل أنه اشتراها منه، وأقامت امرأة البيِّنة أنه تزوجها عليها= كانت بينهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: هي للمشتري.

ولأنا إذا قدَّمنا الشِّراء صحَّ بعده عقد النِّكاح، فإن من تزوج امرأةً على دارٍ لغيره[١] صحَّ العقد والتَّسمية جميعًا، وإن لم يُجِز صاحبه حتى يجب[٢] الرجوع إلى قيمتها دون مهر المثل، ولو قدَّمنا النِّكاح لم يصحَّ الشِّراء بعد ذلك، بل[٣] يبطل إذا لم تجزه المرأة، فرجَّحنا جهة الصواب[٤] على ما مرَّ.

والجواب ما قلنا: إن المقصود من ذكر السَّبب ملك العين[٥]، والنِّكاح إذا تأخَّر لم يوجب ملك المسمَّى، كما إذا تأخَّر الشِّراء، فهما سواءٌ في حق ملك العين، وإن كان النِّكاح يصحُّ بمال مستحَقٍّ، فيلغو اعتباره إذا جاء معارضة الملك إياه[٦]، والله أعلم.

[١] «أ» «ن» (بغيره)، والمثبت من «ص».
[٢] «ص» (وإن لم يجز صاحبها يجب).
[٣] «ص» (لم).
[٤] «ص» (فرجحنا الصحيح).
[٥] «ص» (الغير).
[٦] «ص» (وإن كان النكاح يصح ببدل مستحق لم يعتبر؛ لأنه سبب، فيلغو اعتباره إذا جاء بمعارضة الملك. والله أعلم).

|١١١٤| مسألةٌ من البيوع: ربُّ السلم والمسلم إليه إذا اختلفا، فقال ربُّ السلم: «أسلمتُ إليك عشرة دراهمَ في كُرِّ حنطةٍ». وقال الآخر: «أسلمتَ إليَّ عشرة في كُرِّ شعير»، فأقاما البيِّنة= كانت بيِّنة الطالب أوْلىٰ عند أبي يوسف.

وقال محمد: تقبل البيِّنتان، ويقضىٰ بالسَّلَمين.

لأن البينات يُعمل بها ما أمكن، والعمل بهما ممكنٌ، فالقضاء بسلمٍ[١] علىٰ ما يدَّعيه الطالب لا يمنع القضاء بما يدَّعيه المطلوب.

فإنهما لو قالا معاينةً: «أسلمتُ إليك عشرةَ دراهم في كُرِّ حنطة»، ثم قال: «أسلمتُ عشرةَ في كرِّ شعيرٍ» ثبتا جميعًا. وإنهما أثبتا بالبيِّنة هكذا؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما ادَّعىٰ سلَما بعشرةٍ في كرٍّ[٢]، فتكون هذه[٣] العشرة غيرها.

ألا ترىٰ أن الثَّابت بالبيِّنة كالثَّابت بالإقرار، ولو أقرَّ فقال: «لفلان عليَّ عشرةٌ بسببِ كرِّ حنطة، ولفلانٍ عليَّ عشرةٌ بسبب كرِّ شعيرٍ» كانا عشرين درهما.

ولأن المسلم فيه مبيعٌ كالعين، ولو اختلف المتبايعان فقال البائع: «بعتُ منك هذا العبد بألف درهمٍ». وقال المشتري: «اشتريت منك هذه الجارية بألف درهمٍ». وأقاما البيِّنة، قُبلت البيِّنتان، وقضي بألفي درهمٍ علىٰ المشتري بإزاء العبد [والأمة][٤]، فكذلك هذا.

ولا يلزم إذا كان رأس المال عينًا، والمسألة بحالها، فإن البيِّنةَ بيِّنةُ الطالب؛

[١] «ص» (بالقضاء فسلم).

[٢] «أ» «ن» (بكرة)، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» (فيكون هذا)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

لأنه[١] لا يمكننا العمل بهما، لأن العين متىٰ صار سلما في أحدهما لم يصحَّ الآخر بذلك العين، إلَّا بعد أن يتملَّكه منه بسببٍ جديدٍ، ولا يمكن القضاء بهذا الملك الجديد لربِّ السلم؛ لأنه ما ادعىٰ سببه[٢]، ولا شهد[٣] به الشُّهود، ولما لم يمكن القضاء بهما رجَّحنا بيِّنة الطالب.

فأما ههنا فالعمل بهما ممكن فلا يشتغل[٤] بالترجيح.

ولا يلزم إذا اختلفا في صفة المسلم فيه مكان[٥] جنسه، والمسألة بحالها؛ لأنا نقبل البيِّنتين جميعًا، فنجعل سلما في الوسط، ثم زاد له[٦] الآخر الجودة، فصار سلمًا في الجيِّد[٧]، فلم يصيرا عقدين، وههنا متىٰ كان في الشَّعير لا يصير سلمًا في الحنطة إلَّا بعقد جديد[٨].

وعلىٰ هذا قال زفر: إذا اختلف المستأجر والمؤاجر. فقال المؤاجر: «آجرتك هذه الدَّار شهرا بعشرة دراهم». وقال المستأْجر: «لا، بل شهرين[٩] بخمسة دراهم»، وأقاما البيِّنة= قُضي بخمسة عشر درهمًا، وإجارة[١٠] ثلاثة أشهر

---

[١] «ص» (ولأنا).

[٢] «ص» (بينة).

[٣] «أ» «ن» (يشهد)، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (يستعمل).

[٥] «ص» (فكان).

[٦] «أ» (أدلة)، والمثبت من «ن» و«ص» وحاشية «أ».

[٧] «ص» (فصار سلما في الحنطة فصار سلما في الجيد).

[٨] «ص» زيادة (فلم يصيرا عقدين).

[٩] «أ» «ن» (شهرا)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[١٠] «أ» «ن» (وأجازه)، والمثبت من «ص».

فيقضي[١] بالعقدين، لأنه ممكنٌ.

إلا أنا نقول: إجارة الدّار[٢] شهرا أو شهرين تتناول الشّهر القائم، والمنافع في الشهر في حكم بيع العين، لا بيعِ ما في الذِّمَّة، فمتىٰ استحقّ بعقدٍ لا يُتصوَّر الاستحقاق بآخرَ إلَّا بعد ارتفاع الأوَّل، كما لو كان رأس المال ثوبا عينا في مسألتنا هذه.

وإذا لم يمكن إثباتهما جميعًا أثبتنا من كلِّ واحدٍ منهما الزيادة، فجعلنا إجارة الدّار شهرين بعشرة دراهم، فآل حرف المسألة إلىٰ أن المسمَّىٰ متىٰ لم يكن عينًا، وسمِّي علىٰ سبيل التنكير كان الثّاني غير الأوَّل، وإذا كان [المسمَّىٰ][٣] عينا وسمِّي أو أشير إليه كان الثّاني هو الأوَّل.

ومتىٰ اختلف المعقود[٤] عليه كانت التَّسمية بإزاء أحدهما غير التَّسمية بإزاء الآخر، فيكونان تسميتين، فمتىٰ كان المسمَّىٰ منكرا غيرَ عينٍ يصير شيئين، فلا تقع معارضة، ومتىٰ كان عينا قامت المعارضة فبطل التَّرجيح حينئذٍ.

دلَّ عليه إذا اختلفا في جنس رأس المال، واتَّفقا علىٰ المسلم فيه[٥]، وأقاما[٦] البيِّنة= فإنه يقضىٰ بسَلَمين، كما قال محمد.

وكذلك علىٰ هذا الاختلاف إذا قال الطالب: «أسلمتُ إليك عشرة في كُرِّ

---

[١] «أ» (فنقضي).

[٢] «أ» (الدراهم)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» «ن» (المقصود)، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (إليه).

[٦] «أ» (فأقام).

حنطةٍ». وقال الآخر: «أسلمتَ إليَّ عشرة في كرِّ حنطة» = قضي بسلمين عند محمد بعشرين درهما في ثلاثة أكرار حنطةٍ.

وعند أبي يوسف يُقضىٰ ببيِّنة المطلوب.

ففرَّق محمد بين زيادة القدر، وبين زيادة الوصف، وإن كان يجوز أن يكون أسلم عشرةً في كُرِّ حنطةٍ، ثم زاد المطلوب له[١] كُرًّا، كما[٢] يزيد له صفة الجودة.

ووجه الفرق: أن الوصف تبع الأصل، وقد اتَّفقا أن الأصل كان واحدًا، فمتىٰ أخذنا باختلاف الوصفين لزمنا ترك اتفاقهما علىٰ اتِّحاد الأصل، فرجَّحنا اتِّحاد الأصل علىٰ الوصف لما أمكن العمل بالبيِّنة من وجه الزيادة.

فأما القدر فليس بعضه يتبع لبعض[٣]، فلم يجب ترجيح الأصل علىٰ القدر [بل رجَّحنا القدر][٤] ليمكن العمل بظاهر كل بيِّنةٍ في إثبات ما[٥] شهدت به جملة واحدة.

ألا ترىٰ أن أخْذ الجيِّد عن الرَّديء جائزٌ بغير شرط، ويصير موفيًا بالجيِّد من الرَّديء بغير شرطٍ، [إلا][٦] أن للقابض حق الردِّ كما يردُّ بالعيب.

ولا يجوز أخذ كرَّين بكرٍّ بغير شرط، ولا يصير موفيًا كُرَّين بكُرٍّ إلَّا بإبراء.

---

[١] «ص» (له المطلوب).

[٢] «أ» (لما)، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (بشيء للبعض).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص»

[٥] «ص» وحاشية «أ» (كلما).

[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

وأما أبو يوسف فإنه يقول: بيِّنة المطلوب ساقطةٌ؛ لأنها لا تقبل على إثبات الشَّعير للطالب، لأنه ينكره، وليس هو بخصمٍ عنه[١]، ولا إثبات العشرة لنفسه؛ لأنها تثبت ببيِّنة الطالب.

وعلى هذا الاختلاف ما إذا اختلفا في رأس المال، واتَّفقا في[٢] جنس المسلم فيه= قُضي بسلمٍ واحدٍ على ما يدَّعيه المطلوب عند أبي يوسف[٣].

وكذلك إذا اختلفا في المبيع العين واتَّفقا على الثَّمن قُضي بشراء واحد على ما يدَّعيه المشتري عند أبي يوسف.

وإنما ذكر في آخر البيوع[٤] هذه المسألة، والجواب فيها على قول محمد، وقد يحتمل أن يكون الجواب[٥] على الاتِّفاق وعلى ما نذكر من الفرق بينهما.

فأما إذا لم يقِم الطالب البيِّنةَ قبلت[٦] بيِّنة المطلوب بإثبات العشرة لنفسه بإزاء الشَّعير، فالطالب ما أقرَّ له إلَّا بعشرة[٧] بإزاء الحنطة، وهو قد أنكرها، فلم تثبت.

❊ فإن قيل ــ وهو سرُّ المسألة ــ: إنا نقبل ههنا بيِّنة المطلوب على إثبات العشرة بإزاء الشَّعير، فالتي تثبت إنما تثبت بإزاء الحنطة.

---

[١] «أ» (وليس بخصم له). «ن» (وليس بخصم عنه)، والمثبت من «ص».
[٢] «ص» (على).
[٣] «ص» (عند أبي حنيفة وأبي يوسف).
[٤] «ص» (النوع).
[٥] «ص» (وأجاز فيها على قول... الجواز).
[٦] «أ» «ن» (فثبت)، والمثبت من «ص».
[٧] «ص» (فالذي يثبت إنما يثبت).

❁ قلنا: إنما تصير العشرة عشرين على اختلاف البيِّنتين[١] على ما قلنا، والأسباب إنما تعتبر[٢] إذا لم يحصل المقصود منها، فأما إذا حصل [المقصود][٣] لغا[٤] اعتبارها[٥] لنفسها، على ما مرَّ في المسألة الأولى.

ألا ترى أنهم قالوا: لو أن رجلًا أقرَّ لرجلٍ بألفٍ ثمنِ[٦] جارية اشتراها منه، وقبضها. فقال المقَرُّ له: «الجارية لك ما بعتُكَها، ولي عليك ألفُ درهمٍ قرضٌ» لزمه المال، وإن كذَّبه في السَّبب؛ لأن المقصود ـ وهو الجارية ـ سلمت له ـ، فلغا اعتبار السَّبب، وصار كأنه أقرَّ له بألفٍ مطلقٍ عن السَّبب.

ولو قال المقَرُّ له: «الجارية جاريتي ما بعتُكَها، ولي عليك ألف [درهم][٧] قرض» لم يثبت المال؛ لأن المقصود من السَّبب لم يسلم له، فصار معتبرا، فصار عند اعتبار السَّبب ما أقرَّ به المقِرُّ غيرُ الذي ادَّعاه المقَرُّ له.

وفي مسألتنا المقصود للمطلوب من ذكر[٨] الشَّعير العشرة التي ادَّعاها، لا غير، والعشرة قد سلمت له.

❁ فإن قيل: المقصود عشرةٌ بإزاء الشَّعير، دون الحنطة؛ لأنها بإزاء الشَّعير أوفق[٩] له.

[١] «ص»، «أ» (السببين).
[٢] «ص» (والسبب إنما فامتيز).
[٣] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».
[٤] «ص» (لنا).
[٥] «أ» (اعتبار ما).
[٦] «ص» (من ثمن).
[٧] ما بين [ ] في «ن» و«ص».
[٨] في «ص» وحاشية «أ» زيادة (بيع).
[٩] «ص» (أرفق).

۞ **قلنا:** السَّلم لا يباع إلَّا بضررٍ، غير أن ضرره في الشَّعير أقل، والضَّرر وإن قلَّ لا يقصد، فلما سلمت له العشرة التي للحاجة إليها تحمَّل ضرر السلم لم يبق له مقصودٌ ببيع[١] الشَّعير سلما بعشرةٍ، فما قصده بالدَّعوىٰ لعينه، لكن ليدفع ضرر الحنطة، وسلم له العشرة، وضرر الحنطة لم يندفع، والعشرة[٢] قد سلمت، فلا يبقىٰ فيه مقصودٌ آخر، فلا يعتبر.

بخلاف ما لو اختلفا في بيع العين ـ والمسألة بحالها ـ فإنه يجوز أن يقضىٰ بعقدين بلا خلاف؛ لأن الألف وإن سلمت للبائع ببيِّنة[٣] المشتري، فما سلمت بإزاء ما يدَّعيه البائع، وله مقصودٌ في بيع ما يدَّعيه؛ لأنه قد يباع بربحٍ وبخسرانٍ، فلعل له ربحًا في بيع ما يدَّعيه، دون ما ادَّعاه المشتري، فصار البيع مقصودًا له[٤] لمعنىٰ الرِّبح الحاصل له في ذلك المبيع، لا لحاجة[٥] إلىٰ الألف التي جعلت ثمنا.

وعلىٰ هذا يجوز أن يكون فصل الاختلاف في رأس المال علىٰ اختلاف[٦] نحو أن يدَّعي الطالب إسلام[٧] عشرة في كُرٍّ حنطة، والمطلوب يدعي إسلام دينار في كُرٍّ حنطة.

لأن حقَّ الطالب، وإن ثبت في الحنطة ببيِّنة الآخر، فما ثبت له الحنطة

---

[١] «ص» (بيع).

[٢] «ص» (فما العشرة).

[٣] «ص» (بينه).

[٤] «ص» (به).

[٥] «ص» (لحاجته).

[٦] «ص» (الاختلاف).

[٧] «ص» (استلام).

التي ادعاها؛ لأنه ادَّعى حنطة بإزاء الدراهم، وربحه فيه أكثر مما في الدّينار، والطالب إنما سلم للربح، فلما لم يحصل له فائدة بالربح بما[١] أثبته المطلوب، والرِّبح أمر[٢] مقصودٌ= اعتبر السَّبب في حقِّه، وإذا اعتبر صار سببين.

وإنه طريق حسن دقيقٌ، فمحمد اعتبر السَّبب في الجانبين في جانب الطالب لزيادة الرِّبح، وفي جانب المطلوب لقلَّة[٣] الضَّرر.

وأبو يوسف لم يجعل قلَّة الضَّرر أمرًا مقصودًا بنفسه؛ لأن الضَّرر منفي كلُّه، ولا يقصد لنفسه، وإنما يقصد القليل من الضَّرر لدفع الأكثر، فإذا لم يمكنه الدفع سقط اعتباره.

فما قاله محمد أظهر، وهذا أدقُّ وأحقُّ.

|١١١٥| مسألةٌ من كتاب الشُّفعة:

المشتري والشَّفيع إذا اختلفا في قدر الثَّمن، وأقاما البيِّنة، أخذ الشَّفيع الدَّار ببيِّنة نفسه عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف ـ رحمه الله ـ: يأخذها ببيِّنة المشتري.

لأن الشَّفيع إنَّما يأخذ الدَّار من المشتري بالشِّراء كما اشتراه، وهو بمنزلة[٤]

---

[١] «ص» (فما).

[٢] «أ» «ن» (أي)، والمثبت من «ن».

[٣] «ن» (لعلة).

[٤] «ص» (ما اشتراه بمنزلة).

ما لو ولَّاه البائع[١]. ولو ولَّاه[٢] ثمَّ اختلفا في الثَّمن، وأقاما البيِّنة= كانت البيِّنة بيِّنة المشتري الأول، فكذا هذا.

وكذلك إن اختلفوا والبائع معهم[٣] وأقاموا البيِّنة كانت البيِّنة بيِّنة البائع.

ولأن المشتري يثبت زيادة، والبيِّنات تقبل على الزَّوائد.

وهذا بخلاف المولى والعبد يختلفان في قدر المال الذي أعتقه المولى عليه، وأقاما البيِّنة، فالبيِّنة بيِّنة العبد، وإن [كان][٤] ذلك بيعًا من[٥] المولى نفسه بذلك المال.

لأن الإعتاق بمالٍ يصحُّ في حكم اليمين بالعتق، فقوله: «أنت حرٌّ على ألفٍ» بمنزلة قوله: «أنت حرٌّ إن دخلت الدَّار».

ولهذا لا يملك المولى الرجوع عنه، وكان كقوله[٦]: «إن أعطيتني ألفًا فأنت حرٌّ»، أو «قبلت العتق[٧] على ألفٍ فأنت حرٌّ»، وإذا صار يمينا صار العتق متعلقا بشرط الألف وشرط الألفين.

كما لو قال له: «إن دخلت الدَّار فأنت حرٌّ، إن كلمت زيدا فأنت حرٌّ» وقامت البيِّنة على اليمينين= قُبلتا[٨] جميعًا، ولا تتعارضان، فلم يجز الاشتغال

[١] «ص» (البيع).
[٢] «ص» زيادة (البيع).
[٣] «ص» (فيهم).
[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٥] «ص» (بتغابن).
[٦] «أ» (كقولك)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٧] «أ» و«ن» (العين)، والمثبت من «ص».
[٨] «أ» (فبينتان)، ولم تضبط في «ن»، والمثبت من «ص».

بالتَّرجيح. فأما الثَّابت بين المشتري والشَّفيع بيع حكمي لا بيعان[١]، فلابدَّ من اعتبار التَّرجيح.

ألا ترىٰ أن المشتري لو أقرَّ بالشِّراء بألفٍ، وسلَّم إلىٰ الشَّفيع علىٰ ذلك، ثمَّ أقام البائع البيِّنة علىٰ أن الشِّراء بينهما كان بألفين= رجع المشتري علىٰ الشَّفيع بألفٍ آخر.

لأنَّه لا يأخذ إلا توليةً علىٰ ما باعه البائع، والبيع بين المشتري والبائع واحدٌ، فلا يصير بيعين في حقِّ الشَّفيع.

إلا أنا نقول: بيِّنة الشَّفيع لو انفردت قبلت، فلو بطلت لبطلت بمعارضة بيِّنة المشتري[٢]، ولا معارضة بينهما، لجواز[٣] أن يكون جرىٰ بين المشتري والبائع شراءٌ بألفٍ، ثمَّ بألفين، أو زاد له ألفًا بعد ذلك، فيصير في حقِّ ما بينهما الحكم للآخر، ويبطل الأوَّل، ويبقيان في حق الشَّفيع يأخذ بأيهما شاء.

كما يجوز أن يجب العتق للعبد بكلِّ واحدٍ من المالين، فثبت أن الشَّفيع قد يثبت له الأخذ بحقٍّ يتعيَّن.

بخلاف المشتري مع البائع فإنه لا يستحقُّ إلا بأحدهما[٤] إذا جاز ونفذ، وإذا لم يجز بأولهما، ولا يثبتان قطُّ جائزين في حقِّه، فوجب الاشتغال بالتَّرجيح.

ولهذا قال زفر ـ في مسألة إقرار المشتري بألف وبيِّنة البائع بألفين ـ: إن

---

[١] «ص» (يتغابن).

[٢] «ص» (المشتري إياه).

[٣] «أ» «ن» (نحو أن)، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (بآخرهما).

للشفيع الأخذ بألفٍ ؛ لأنَّه لا معارضة بينهما ، ويجوز أن يكونا ثابتين[١].

ولا يلزم على هذا إذا كان البائع معهم ؛ لأن الشَّفيع لا حقَّ له ما لم ينقطع حق البائع ، فلم تقبل بيِّنته مع منازعة البائع.

ولأن المشتري أقرَّ بألفي درهمٍ ، وقد أثبت الشَّفيع عليه إقراره الشِّراء بألفٍ ، فيصير كالثَّابت عيانًا ، ولو أقرَّ عيانًا بألفٍ وبألفين كان للشَّفيع الأخذ بألف لأن ذاك إقرار بألف على نفسه ويلزمه ، وبألفين[٢] إقرار لنفسه[٣] ؛ لأنَّه يستحقُّ على الشَّفيع زيادة ألفٍ ، وهو غير ملزمٍ[٤] أيضا ؛ لأن الشَّفيع إن شاء لم يأخذ ، فصار ما عليه أوْلى مما له ؛ لأن الإقرار بما له دعوى.

ويدل على هذا مسألة المولى مع العبد إذا اختلفا في بدل العتق.

وبفصل[٥] الإقرار بما عليه احتج محمد.

ولا يلزم إذا اختلف البائع معهم ؛ لأن بيِّنة البائع أبطل إقرار المشتري بألفٍ ؛ لأن القاضي يقبل بيِّنته ، ويقضي بها على المشتري ؛ لأنَّه لا يصحُّ في حقِّهما إلا عقدٌ واحد ، فيصير مكذّبا من جهة القاضي على هذا الوجه.

ولهذا قلنا ـ لو أقرَّ بألف درهمٍ ، وأقام البائع البيِّنة بألفين ـ أن إقرار المشتري يبطل ، ولا يأخذ الشَّفيع إلا بألفي درهمٍ ، خلافا لزفر.

[١] «ن» (بائنين).

[٢] «ن» ، «أ» (وبالعين).

[٣] «ص» (لأن الإقرار بألف على نفسه ويلزمه بألفين لنفسه).

[٤] «ص» (ملتزم).

[٥] «أ» (ويفصل) ، ولم تضبط في «ن» و«ص» ، والمثبت أقرب في نظري.

فأما في مسألتنا هذه، فالشَّفيع أثبت إقراره بألفٍ، فلا يصير مكذّبا بنفسه، وبإثباته إقرار نفسه بألفين؛ لأن ما عليه أوْلىٰ مما له، بل ما له دعوىٰ، والإقرار لا يبطل بالدَّعوىٰ، ولكن يبطل بالقضاء عليه بخلاف ما [لو][1] أقرَّ.

ولأن حق الشَّفيع قد يثبت بالعقدين جميعًا، فلا يوجب أحدُهما ردَّ الآخر، وحقُّ المشتري قبل البائع لا يثبت إلا بعقدٍ واحدٍ، فأوجب ثبوت أحدهما تكذيب الآخر.

ثم حقُّ الشَّفيع يثبت بعد انقطاع منازعة البائع، فما ثبت[2] إلا بعد بطلان إقرار المشتري بالأقلِّ ببيِّنة البائع، فلا يستحقُّ به شيئا.

فأما إذا لم يكن للبائع منازعةٌ، وبقيت العبرة لحقِّ الشَّفيع وحده، فإنه[3] يثبت[4] بالعقدين جميعًا لم يتعارضا، ولم يترادًّا بمنزلة الإعتاق علىٰ مالٍ.

[١١١٦] **مسألةٌ**: إذا ادَّعىٰ رجل علىٰ آخر[5] أن هذا الشَّيء لي اشتريته من زيدٍ منذ سنة، وادَّعىٰ خارجٌ آخر أنه له اشتراه من بكر منذ شهر.

قال أبو يوسف ـ أوَّلًا ـ: هو بينهما نصفان[6]، وهو قول محمد في رواية أبي حفص والطحاوي وعيسىٰ بن أبان وهشام.

---

[1] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[2] «ص» (فلا يثبت).

[3] «أ» «ن» (وإنه)، والمثبت من «ص».

[4] «أ» (ثبت).

[5] «ص» (رجل).

[6] «أ» (نصفين)، والمثبت من «ن» و«ص».

ثم رجع **أبو يوسف** وقال: هو لأسبقهما تاريخًا، وهو قول **محمد** في رواية **أبي سليمان**.

ووجه قولهما: أنهما [لما][١] ادَّعيا تلقي الملك من رجلين مختلفين قاما مقامهما في إثبات الملك لهما أوَّلًا ليمكنهما[٢] النقل إليهما، وصارا خصمين أوَّلًا في إثبات سبب الملك لأنفسهما، فصار كأن المملكين حضرا، وأقاما البيِّنة، ولا تاريخ في ملكهما، فيكون بينهما.

بخلاف ما لو ادعيا تلقي الملك من واحدٍ؛ لأن الملك في حقهما ثابت له باتِّفاقهما، وإنَّما احتاجا إلى إثبات التّلقي، والأسبق ثابتٌ أوَّلًا، فبطل الآخر.

ولا سبق ههنا في ملك المملّك لأحدٍ، وتلقيه منه يثبت على حسب الثُّبوت لمملكه[٣].

ووجه قوله الآخر: أن السَّابق منهما تاريخًا صار خصمًا عن مملكه في إثبات الملك له منذ سنة، والآخر [صار خصمًا منذ شهر.

لأنَّه إنَّما يصير خصمًا عنه بكون ملكه سبب ملك هذا فتعذر[٤] ما يتصل بملكه يصير خصمًا في إثباته، فيصير السَّابق خصمًا في وقت لا ينازعه الآخر فيه، فيثبت الملك له][٥] بلا منازعة، ثمَّ بعد ذلك استوت منازعتهما، فلا يثبت.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «ص» (لتمليكهما).

[٣] «أ» «ن» (لمملكة). وفي «ص» (لملكه). والمثبت أظهر.

[٤] كذا في «أ» «ن». ولعلها: فبقدر.

[٥] ما بين [ ] ليس في «ص».

ولأن ذلك لما أثبت الملك لمملكه[١] منذ سنة صار أكثر إثباتا فصار أَوْلىٰ، والله أعلم.

[١١١٧] **مسألةٌ**: إذا تنازع اثنان أحدهما مسلمٌ والآخر كافرٌ في صبيٍّ في أيديهما، فأقام كل واحد منهما البيِّنة أن الصبيَّ وُلد علىٰ فراشه= كانت بيِّنة المسلم أَوْلىٰ عندنا.

وقال الشافعي(٢) - رضي الله عنه -: مستويان[٣].

وكذلك صبي في يد رجلين مسلم وذمي ادعياه جميعًا كان علىٰ هذا الاختلاف[٤].

وعلىٰ هذا الاختلاف إن كان أحدهما حرا والآخر عبدا أو مكاتبا= كانت[٥] بيِّنة الحرِّ أَوْلىٰ عندنا.

وكذلك إذا اختلف الأخوان في الإرث أحدهما مسلمٌ والآخر كافرٌ، وأقام كل واحد منهما البيِّنة أن الأب مات علىٰ دينه= كانت بيِّنة المسلم أَوْلىٰ عندنا.

له: أنهما استويا في سبب النَّسب، وهو الفراش، والإثبات بالبيِّنة، ولا[٦]

---

[١] «ص» (لملكه).

(٢) إذا ادعاه مسلم وذمي، وأقام أحدهما بينة، تبعه نسبا ودينا وإن ألحقه القائف بالذمي، تبعه نسبا لا دينا، ولا يجعل حضانته للذمي. انظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» (٤/٥٧٦)، و«روضة الطالبين» (١٢/١٠٧).

[٣] «ص» (يستويان).

[٤] «ص» (وكذلك الحربي المستأمن مع المسلم).

[٥] «أ» (أو وكانت)، «ن» (وكانت). والمثبت من «ص».

[٦] «أ» «ن» (لا)، والمثبت من «ص».

تأثير للإسلام في قوَّة الفراش، ولا للحرِّيَّة[1].

إلا أنا نحتج بما روي عن النبي ﷺ «الإسلام يعلو ولا يعلى»(٢)، فإذا

---

[١] «ص» (للجزية).

(٢) روي الحديث مرفوعا وموقوفا من قول ابن عباس.

أما المرفوع فقد جاء من حديث حديث عائذ بن عمرو المزني وعمر بن الخطاب، ومعاذ بن جبل.

أما حديث عائذ فرواه الدارقطني (٣٦٢٠)، والبيهقي في «سننه الكبير» (٦/٢٠٥، رقم: ١٢٢٨٢)، والضياء المقدسي في «الأحاديث المختارة» (٨/٢٤٠، رقم: ٢٩١)، ولفظ البيهقي (٦/٣٣٨) عن عائذ بن عمرو، أنه جاء يوم الفتح مع أبي سفيان بن حرب ورسول الله ﷺ حوله أصحابه، فقالوا: هذا أبو سفيان وعائذ بن عمرو، فقال رسول الله ﷺ: «هذا عائذ بن عمرو وأبو سفيان، الإسلام أعز من ذلك الإسلام يعلو ولا يعلى» وإسناده فيه عبد الله بن حشرج وأبوه مجهولان، كما ذكر الدرقطني. انظر: «نصب الراية» (٣/٢١٣). وقال القرطبي في «المفهم» (٤/٥٦٧): «لا يصح ... ـ وقال فيه ـ: كلام يحكى ولا يروى».

وحديث عمر رضي الله عنه رواه الطبراني في «المعجم الأوسط» (٦/١٢٦، رقم: ٥٩٩٦)، و«المعجم الصغير» (٢/١٥٣، رقم: ٩٤٨)، عن ابن عمر عن أبيه عمر بن الخطاب عن النبي ﷺ قال: «إن هذا الدين يعلو، ولا يعلى» في حديث الضب ـ الطويل ـ الذي كلم النبي ﷺ، ورواه أبو نعيم في «دلائل النبوة» (ص: ٣٧٦، رقم: ٢٧٥)، والبيهقي في «دلائل النبوة» (٦/٣٨). قال البيهقي عقب إيراده للحديث: «قد أخرجه شيخنا أبو عبد الله الحافظ في المعجزات بالإجازة عن أبي أحمد بن عدي الحافظ، فقال: كتب إلي أبو عبد الله بن عدي الحافظ، يذكر أن محمد بن علي بن الوليد السلمي حدثهم فذكره وزاد في آخره: قال أبو أحمد، أنبأنا محمد بن علي السلمي، كان ابن عبد الأعلى يحدث بهذا مقطوعا، وحدثنا بطوله من أصل كتابه مع رعيف الوراق. قلت: وروى ذلك في حديث عائشة، وأبي هريرة، وما ذكرناه هو أمثل الإسناد فيه، والله أعلم». وقال الذهبي في «لسان الميزان» (٥/٢٩٢): «قال البيهقي الحمل فيه على السلمي هذا قلت: صدق والله البيهقي فإنه خبر باطل». وقال ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٤/٢٣١): «إسناده ضعيف جدا». وانظر: «البدر المنير» (٩/٢٠٣)، و«مجمع الزوائد» (٨/٢٩٤).

وأما حديث معاذ فرواه بحشل في «تاريخ واسط» (ص: ١٥٥) عن أبي الأسود الدؤلي، عن معاذ بن جبل، قال: قال رسول الله ﷺ: «الإيمان يعلو، ولا يعلى». وانظر: «نصب الراية» (٣/٢١٣).=

استويا ترجَّح الإسلام بهذا الخبر.

ولأن عُظم المقصود من النَّسب للصبي، لا للأب، والنظر في الثُّبوت من المسلم أكبر[١] عند المقابلة بالكفر.

ألا ترىٰ أنه يتبع خير الأبوين دينًا لهذا المعنىٰ، وإذا كان في مقابلة الإسلام حرِّيَّة فالحرِّيَّة[٢] خير؛ لأن حقيقة الإسلام إنَّما تكون بالتصديق والمعرفة، وذلك إلىٰ الإنسان قد أمر به ولم يحجر عنه[٣]. وأما الحرِّيَّة[٤] فلم يجعل إليه فعلها، بل ذلك إلىٰ المولىٰ.

❁ فإن قيل: الكفر يترجَّح، وكذلك الرق؛ لكونهما[٥] طارئين، فالأصل الحرِّيَّة والإسلام فينا.

❁ قلنا: لا عبرة للأصل والطَّريان، وإنَّما العبرة لمعنىٰ في الطَّريان، وهو زيادة أمرٍ ليس في البقاء، والبيِّنات تترجَّح بزيادة إثباتٍ، علىٰ ما مرَّ، والإسلام زيادةٌ في نفسه قبل أن يجيء إلىٰ الطَّريان؛ لأن الإسلام معرفةٌ وتصديقٌ، والكفر جهلٌ.

= والموقوف من قول ابن عباس ﷺ، رواه البخاري في الصحيح (٢/٩٣) معلقا، ولفظه: «كان ابن عباس ﷺ مع أمه من المستضعفين، ولم يكن مع أبيه علىٰ دين قومه، وقال: «الإسلام يعلو ولا يعلىٰ»» ورواه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣/٢٥٧، رقم: ٥٢٦٧)، والقاسم بن سلام في «الأموال» (ص: ١٦٥) بسياق آخر.

[١] «ص» (أكثر).

[٢] «ص» (جزية فالجزية).

[٣] «ص» (وذلك إشارة إلىٰ الإنسان، وقد أقر به فلم يحجر عنه).

[٤] «ص» (الجزية).

[٥] «أ» (بكونهما).

وكذلك الحرِّيَّة زيادة نعمة في نفسها من الله تعالىٰ، كالحياة مع[1] الموت، فيجب طلب التَّرجيح من نفسه أوَّلًا، ثمَّ من حاله، وهو الطَّريان والبقاء.

ولأن العتق لا يحتمل النقض[2] إلا عقوبةً علىٰ الكفر، والرِّقّ يحتمله، والإسلام [لازم][3] لا يجوز نقضه[4]، والكفر واجبٌ[5] نقضه، فكان العتق والإسلام أثبت، والله أعلم.

|١١١٨| مسألةٌ من الشهادات:

رجل أقام البيِّنة علىٰ آخر أنه باع منه هذه الدَّار [بألفٍ][6] في رمضان، وأقام الآخر البيِّنة[7] أنه ارتهنها منه بألفين[8] في شوال= كانت بيِّنة الشِّراء أوْلىٰ عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: بيِّنة الرَّهن أوْلىٰ.

لأن البيِّنات تقبل علىٰ أصله ما أمكن، وممكنٌ ههنا قبول بيِّنة البيع في رمضان والرَّهن في شوال، علىٰ طريق أنه عاد إليه، ثمَّ رهن، وقد أنكر[9] ولاية

[1] «أ» (من).
[2] «ن» «ص» (النقص).
[3] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن»، والمثبت من «ص».
[4] «ص» (نقصه) في هذا الموضع والذي بعده.
[5] «ص» (لازم).
[6] ما بين [ ] ليس في «ن». وفي «ص» (بألف درهم).
[7] «أ» (البينة الآخر).
[8] «ص» (بألفي درهم).
[9] «ص» (أمكن).

بيِّنة[١] الرَّهن أثبت إقرار الراهن بالملك لنفسه في شوال، وصحَّة الرَّهن منه، فيكون الإقرار الثَّاني ناقضًا للأول.

لأنا نقول: بيِّنة البائع[٢] أَوْلىٰ؛ لأَنَّه أسبق، ولأَنَّه أكثر إثباتا.

ثم الرَّهن بعد البيع يفسد، كما لو ثبت معاينةً؛ لأن الثَّابت بالبيِّنة لا يكون فوق الثَّابت معاينةً.

بخلاف ما إذا قامت البينتان علىٰ البيعين فإن آخرهما[٣] يكون أَوْلىٰ.

لأنا لو عاينَّاه باع بألفٍ ثمَّ بألفين نقض الثَّاني الأوَّل.

وعلَّل في الكتاب: قد يرهنك الرَّجل دارك[٤]، ولا يبيعك دارك؛ لأَنَّه إذا باعك دارك انتقض الأوَّل فيصير بيعا لدار البائع، وإذا رهنك دارك لم ينتقض الأوَّل، فيبقىٰ رهنا لدارك، فلا يصحُّ.

|١١١٩| **مسألةٌ**: إذا أقام رجل علىٰ آخر البيِّنة بشيءٍ في يده أنه له، قضىٰ له به قاضي كذا ببيِّنةٍ قامت[٥] عنده أنه له، وأقام ذو اليد البيِّنة علىٰ النتاج= كانت بيِّنة الخارج[٦] أَوْلىٰ عند أبي يوسف.

وقال محمد: بيِّنة الناتج أَوْلىٰ.

---

[١] كذا في الأصول ولعلها: (ولأنه ببينة).

[٢] «ص» (البيع).

[٣] «ص» (علىٰ الشعير فإن أحدهما).

[٤] «ص» (داره).

[٥] «ص» (فأثبت).

[٦] «ص» (الناتج).

لأن المدَّعي أثبت القضاء بسبب مفسَّرٍ[١]، وهو قيام البيِّنة علىٰ مطلق الملك له، وبيِّنة النتاج تدفع[٢] بيِّنة مطلق الملك.

بخلاف ما إذا أقام البيِّنة أن قاضي كذا قضىٰ له به؛ لأنَّه أثبت القضاء له، ولم يذكر سببه، والقضاء لابدَّ له من سببٍ، وقد احتمل أن يكون السَّبب بيِّنةً بمطلق الملك، وبيِّنةً بملك تلقَّاه من جهة المقضي عليه، والنتاج إنَّما يكون دفعا إذا لم يكن تلقيا من جهته، فإذا وقع الشَّكُّ في عدم هذا الشَّرط لم يثبت الدفع بالشَّكِّ.

ولأبي يوسف ـ رحمه الله ـ: أنه وإن فسّر السَّبب بقدر ما فسّر، فإنه يحتمل أن يكون القضاء ببيِّنةٍ قامت أنه له بإقرار[٣] ذي اليد أو الشِّراء منه، إلا أن الشَّاهدين لم يسمعا تلك الزِّيادة أو البيِّنتين عليهما بوجهٍ، فيصير المحتمل كالمتحقِّق في إبطال [الدفع][٤]، كما إذا شهدوا بالقضاء دون السَّبب.

بخلاف ما إذا شهدوا بإقرار القاضي علىٰ قضائه[٥] له ببيِّنةٍ قامت عنده علىٰ أنه ملك هذا المدَّعي، فإن بيِّنة الناتج أوْلىٰ.

لأن القاضي هو الذي قضىٰ بالبيِّنة، ولا يقضي إلا عن حقيقةٍ وإثبات ذكر لديه فقلَّ[٦] ما يجرىٰ عليه الغلط، فسقط اعتبارُ احتمالِ غيرِ ما أشهد القاضي

[١] في حاشية «أ» (مقتصر).

[٢] «ن» (بدفع).

[٣] «ص» (فإقرار).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص»، وحاشية «أ».

[٥] «ص» (فصله).

[٦] «ص» (فعلي).

علىٰ نفسه.

وكلام محمد أظهر[١]؛ لأن الشَّاهد لا يشهد إلا عن علمٍ، ولا يحلُّ له الإخلال بشيءٍ علم به مما يحتمل تغير[٢] الحكم به.

ولأن القضاء لابدَّ له من سببٍ، فإذا لم ينقل السَّبب ثبت سببٌ من جملة الأسباب مقتضىٰ، وكلُّ سببٍ يشار إليه ثابتٌ احتمالًا فلم تصحَّ بيِّنة النتاج مع احتمال البطلان في نفسه.

فأما إذا ذكر الشَّاهد سببًا يصلح بنفسه سبب القضاء لم تجز الزِّيادة عليه بلا نصٍّ ولا ضرورة اقتضاء[٣]. والله أعلم.

ومسائل الخلاف بعدها تبتنىٰ علىٰ معرفة حكم الأسباب التي تثبت بالبيِّنات، وما هي من أحكام البيِّنات، لكن محمد بن الحسن أوردها في الدَّعوىٰ[٤]؛ لأن الأسباب تثبت بالدَّعوىٰ.

|١١٢٠| **مسألةٌ**: رجل ادعي عليه عينٌ في يده فقال: «أنا مودعٌ فيه من جهة فلان» لم يدفع الخصومة عن نفسه بالدَّعوىٰ.

وقال ابن أبي ليلىٰ: دفع؛ لأنَّه يقر[٥] فيصح بلا بيِّنة[٦].

---

[١] «ص» (أوضح).

[٢] «ص» (بغير).

[٣] «ص» (له اقتضاء).

[٤] «ص» (أفردها بالدعوىٰ).

[٥] «ص» (مقر).

[٦] «ن» (نية).

وقال ابن شبرمة: لا يدفع ـ وإن أقام البيِّنة ـ؛ لأنَّه يثبت الملك لغائبٍ.

إلا أنا نقول: إن جواب الخصم يصير حقًّا عليه بظاهر يده، بدلالة أنه يُحضر للجواب، ويُسأل[1]، ويُكلَّف. وبدعوى الإيداع أراد أن يبطل حقَّه في الجواب؛ إذ لا جواب على المودع، فلا يمكنه بالدَّعوى.

ولا يلزم إذا حضر المقَرُّ له، وصدَّقه؛ لأن له أن يجعل[2] الخصومة إليه بتوكيله، فلم يكن تحته إبطال حقِّ المدَّعي. وأما إذا أقام البيِّنة فإن كينونة يده أمانة حقٌّ له، ولا يمكنه إثباته. [وأمَّا إذا أقام البيِّنة فإن كينونة يده أمانةً حقٌّ له، ولا يمكنه إثباته][3] إلا بسببه[4]، وهو الإيداع، فيصير خصمًا فيه.

كما إذا ادَّعى رجل على آخر أن هذا الشَّيء لي اشتريتُه من فلان، وأقام عليه البيِّنة= سُمعت ـ وإن قامت[5] على غائب ـ؛ لأنَّه سبب حقه، فكذلك للغائب.

|١١٢١| مسألةٌ: وقال أبو يوسف: لا أقبل هذه البيِّنة إذا كان الرَّجل معروفًا بالاحتيالات استحسانًا؛ لأنَّه يتيسَّر عليه تسليم مال الغير إلى رجلٍ، ثمَّ الاستيداع منه.

بخلاف بيِّنة الملك تقبل من الفاسق المتغلب[6]، فإن[7] عُرف بالغصب،

---

[1] «أ» «ن» (وسل)، والمثبت من «ص».
[2] «ص» (يحمل).
[3] ما بين [ ] ليس في «ص»، «أ».
[4] «ص» (ببينة).
[5] «أ» (فإن أقام)، والمثبت من «ن».
[6] «ص» (المتلاعب).
[7] «ص» (وإن).

واحتمل أنه غصب، وتصرَّف فيه وشهد النَّاس بناءً عليه؛ لأنَّه لا يمكن هذا إلا بالغصب، وإنه غير متيسِّر وصفًا[١] فالنَّاس ينازعونه عليه.

وأما بعد الغصب فيتيسر عليه التسليم[٢] إلىٰ غيره، ثمَّ الأخذ منه علىٰ أنه يأخذه[٣] حافظًا، والإشهاد عليه لئلَّا[٤] ينازعه عليه أحد.

ولا يقال: إن هذا يؤدي إلىٰ هتك الأمانات؛ لأن الوديعة عند مثله تقلُّ[٥]، وما ذكرناه أكثر إذا كان معروفًا به، فيرجَّح ما هو الأكثر، وإنه شيءٌ احتاطه أبو يوسف لابتلائه بالقضاء بين النَّاس بالحقِّ.

والقياس ما قالاه، والإيداع ثابتٌ بحجَّةٍ، والآخر بتهمةٍ، فلا يستويان.

|١١٢٢| **مسألةٌ:** فإن أقام ذو اليد البيِّنة أنه أودعَه رجل يعرفه بوجهه لا بنسبه[٦] = صحت عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: لا تصح.

لأن الغائب لا يعرف إلا بالاسم والنَّسب، فإذا سكتا عنه فقد جهلاه، فأشبه ما إذا قالا[٧]: «أودعه رجل لا نعرفه[٨] بوجهه».

[١] «ص» (وضعا).
[٢] «أ» «ن» (السلم)، والمثبت من «ص».
[٣] «أ» «ن» (يأخذ)، والمثبت من «ص».
[٤] «أ» «ن» (لا)، والمثبت من «ص».
[٥] «أ» (نقل).
[٦] «ص» (يتشبه).
[٧] «أ» «ن» (قال)، والمثبت من «ص».
[٨] «أ» «ن» (يعرفه)، والمثبت من «ص».

ولأنَّه إنَّما يصير مودعًا إذا قضي بالإيداع من جهة ذلك الرَّجل، فيصير ذلك الرَّجل مقضيًّا له، فلا يتصوَّر وهو مجهولٌ عنده.

إلا أنا نقول: إن المقصود كينونة يده يد أمانة من جهة رجلٍ غير هذا المدَّعي، حتىٰ لا يكون خصمًا للمدَّعي، وإنَّما يكلَّف ذكر فلانٍ؛ لأنَّه سبب ما رام من الحق[١] لنفسه، وبالقدر الذي ذكر يصير سببًا صحيحًا، كما لو أقرَّ به المدَّعي، أو كان القاضي عاين ذلك منه أن[٢] الدَّعوىٰ بهذا القدر تامٌّ، والشَّهادة تامَّةٌ؛ لأنهم نقلوا ما تحمَّلوا، وتحمُّلُ علمِ الإيداع تامٌّ بقدر ما نقلوا[٣]؛ لأنَّه يصحُّ من غير علمهم باسم الصاحب.

بخلاف ما إذا شهدوا علىٰ أن لا نعرفه[٤] بوجهه، لأنَّه من الجائز أن يكون ذلك الرَّجل هذا[٥] الذي يدَّعيه، فلم يتضمَّن دفع الخصومة.

ولأن الإيداع لا يتصوَّر إلا من رجل غير الآخذ يعاينه[٦] الشُّهود، فيصير قولهما: «لا نعلم بوجهه» شهادةً علىٰ أنفسهما بالغفلة عمَّا به تتمُّ الشَّهادة فيما اختصموا[٧] فيه، وهو الإيداع من غير هذا المدَّعي.

فأشبه شاهديْن شهِدا علىٰ رجل أنه طلَّق واحدةً بعينها من نسائه إلا أنهما

[١] «ص» (سبب مادام الحق).
[٢] «ص» (ولأن).
[٣] «ن» (نعلوا). «ص» (تعلق).
[٤] «ص» (علىٰ رجل لا نعرفه).
[٥] «ص» (هو).
[٦] «ص» (بمعاينة).
[٧] «ص» (اختصما).

نسيا تلك المرأة؛ لأن العين مقصودٌ بالشَّهادة كالطَّلاق.

لأن حكم طلاق العين يخالف حكم طلاق واحدةٍ غير[١] عين، فكانت هذه الغفلة محسوبة عليه جرحا[٢].

|١١٢٣| **مسألةٌ**: إذا أقام البيِّنة عند القاضي أنه وارث فلان وابنه، ولم يزيدوا عليه وتلوَّم القاضي، فلم يظهر له وارثٌ آخر= دفع القاضي المال [إليه][٣]، ولم[٤] يأخذ منه كفيلًا عند أبي حنيفة.

وقال[٥] في الجامع الصغير: هذا شيءٌ احتاطه بعض القضاة، وإنه جور[٦].

وقال صاحباه: يأخذ منه الكفيل.

لأن العادة الغالبة في استحقاق التَّركة أن تكون على الشركة، فإن الأغلب أن المرأة لا تخلو عن الرَّجل، والرَّجل عن المرأة، ثمَّ عن عصبة[٧]. فإذا أقام الوارث البيِّنة أنه وارثه لا غير، فما قطع شبهة الشركة الثَّابتة بالعادة[٨] بدليل مثله في الباب، وسبب الشركة قائمٌ، وهو العادة، فوجب على القاضي الاحتياط بحكم ذلك السَّبب.

---

[١] «ص» (بغير).

[٢] «ص» (أخرجا).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٤] «ن» «ص» (ولا).

[٥] «ص» (وقالا).

[٦] «أ» (جوز).

[٧] «أ» (عصبته)، «ص» (غصبه)، والمثبت من «ن».

[٨] «أ» (في العادة)، والمثبت من «ن» و«ص».

فقيل: إنه يتلوم[١] بالإجماع لتوهم[٢] وارث آخر، وبعد التلوم[٣] ما انقطعت الشُّبهة بدليل مثله، فبقي بين أن يدفع بحجَّته، أو يمنع بشبهته، فرجح[٤] الحجَّة على الشُّبهة، فيدفع ويأخذ الكفيل لحقِّ الشُّبهة احتياطًا لذلك الوجه.

ومثاله: رجل أحاله بدينه على رجل لا دين له عليه، ثمَّ مات المحيل قبل أن يقضي المحتال عليه الدَّين، فإن تركة الميت تقسم، ويؤخذ منهم كفيل لدين الحوالة، وإن لم يكن للحال استحقاق؛ لأن السَّبب قد ثبت وهو الحوالة، فبذلك السَّبب إما أن يرجع في التَّركة المحتال[٥] عليه إذا قضى، أو الغريم إن نوى ما على المحتال[٦]، ولما ظهر سبب الاستحقاق احتاط القاضي له بالكفالة وإن لم يثبت الحقُّ، وكذلك ههنا، والمسألة في الزِّيادات.

ولا يلزم إذا قامت البيِّنة على أنه وارثه لا يعلمون له وارثًا آخر؛ لأنهم قطعوا الشركة بدليل مثله، فلم تبق شبهة الجهل، فالقاضي ما كلِّف إلا بأدلة مثلها.

ألا ترى أنه لا يتلوّم في هذه المسألة.

ولا يلزم أن القاضي لا يأخذ[٧] الكفيل لموصى له يظهر أو غريم؛ لأن الأصل فيهما العدم، فلم يثبت سبب[٨] الحق لهما، فلم يثبت للقاضي شبهةٌ،

[١] «ن» (يتقوم).
[٢] «ص» (ليتوهم).
[٣] في حاشية «أ» (التقوم).
[٤] «ص» (فترجح).
[٥] «ص» (المحال).
[٦] «ص» (المحال عليه).
[٧] «ص» (ولا يزم القاضي أن يأخذ).
[٨] «أ» (بسبب)، «ص» (غصبه)، والمثبت من «ن».

فلم يكن الأخذ احتياطًا فكان جورا، وههنا سبب الشركة ثابت عادةً، ولم ينقطع بدليل مثله، فبقيت الشُّبهة، والاحتياط مشروع عند الشُّبهة[١]، فلم يكن جورا.

وأبو حنيفة علل في الأصل، فقال: أرأيت الوارث لو لم يجد كفيلا أكنت أحبس[٢] حقه لأمر أخافه.

ومعنىٰ هذا الكلام: أن الوارث يعين مستحقًّا[٣] إلا بمزاحمٍ، والمزاحم غير ثابت، ولا ثبت له سبب الثُّبوت، فلا يجوز منع المستحق حقَّه لأمر يخاف القاضي وقوعه؛ لأنَّه وهم وظن[٤]، والعمل بما يتوهَّم باطل؛ لأنَّه ليس بحجَّةٍ، فيكون[٥] عملا بغير حجَّةٍ، فيكون جورا.

ألا ترىٰ أن الوهم قائمٌ بعد شهادة الشُّهود [أنه][٦] لا وارث له غيره، وليست الكفالة كالتلوم، فإن القاضي في التلوم يحتاط لنفسه بطلب علمٍ زائدٍ في ابتغاء شريك معه بالاستخبار بقدر الممكن، ليقوم الاستخبار مدَّة[٧] التلوم مقام شهادة الشُّهود أنه لا وارث له غيره.

وإن[٨] هذه الزِّيادة من الشُّهود ليس بشهادة، فإنها علىٰ النَّفي باطلة، ولكن خبر، وبالتلوم والاستخبار يحصل للقاضي هذا المعنىٰ، فيتمُّ عمله بقدر

[١] «ن»، «أ» (الشبه).
[٢] «ص» (أمنعه).
[٣] «ص» (قد تعين مستحقا للكل).
[٤] «أ» (وطيء)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٥] «ن» (ليكون).
[٦] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».
[٧] «أ» و«ن» (هذه)، والمثبت من «ص».
[٨] «أ» و«ن» (فإن)، والمثبت من «ص».

الممكن ، فلزمه القضاء.

فأما الكفالة فطلب أمر زائدٍ من المستحقِّ ، فلا تجب[١] إلا بتوجُّه حقٍّ عليه من وجه ، ولا توجُّه ههنا على ما ذكرنا ، وربَّما لم يجده ، فيُظلم بمنع حقِّه بلا سببٍ ولا حجَّة.

بخلاف مسألة الزيادات ؛ لأن المحيل لم تتم براءته عن الدَّين بالحوالة ، فأحد الرَّجلين يرجع عليه بذلك الدَّين ، فأشبه التَّأجيل.

ألا ترى أن الأصيل[٢] متى جاء[٣] بالدَّين إلى غريمه أجبر على القبول ، كأن الحق عليه ، ولم يصر بمنزلة أجنبي جاء به ، فإنه لا يجبر على القبول منه.

❁ فإن قيل: ذكر - في جعل الآبق -: لو[٤] أن رجلا أخذ آبقًا فسلَّمه إلى القاضي ، ثمَّ إن رجلا أقام البيِّنة أنه عبده[٥] دفعه إليه ، فإنه يدفعه إليه ، ويأخذ منه كفيلا. ولم يظهر ههنا مستحقٌّ سواه.

❁ قلنا: وذكر في بعض الروايات: ولا يأخذ كفيلا. فيجعل هذا قول أبي حنيفة ، والأوَّل قولهما.

ثم الجواب: أن الذي أقام البيِّنة ما ثبت مستحقا بالحجَّة ؛ لأن العبد لواحد من النَّاس ، لا للقاضي ، والقاضي ليس بخصمٍ عن صاحبه[٦] من حيث استحقاق

---

[١] «أ» (يتوجه) ، والمثبت من «ن» و«ص».
[٢] «أ» (الأصل) ، والمثبت من «ن» و«ص».
[٣] «أ» «ن» (سرحا) ، يبدو أنه تصحيف عن (متى جاء). والمثبت من «ص».
[٤] «ص» (له).
[٥] «أ» «ن» (عنده) ، والمثبت من «ص».
[٦] «ص» (الحي).

أملاكه، فكانت البيِّنة قائمة[١] لا على خصمٍ، فما القاضي بخصمٍ عن المالك، بل هو أمينٌ، وإنَّما يعطيه القاضي لصحَّة البيِّنة على يد القاضي، لا غير، فوجب الإعطاء لكون البيِّنة حجَّة عليه، وأخذ الكفيل لأحده بغير حجَّة في حقِّ الملك على الحقيقة لو[٢] تبيَّن نظرا للحقِّ لا توهُّم الظهور، ولكن بشكِّ الثُّبوت للمدَّعي في حق الخصم.

وكذلك المرأة تدَّعي نفقة على زوجها الغائب، والقاضي عالمٌ بالنِّكاح أعطاها القاضي النَّفقة، وأخذ منها كفيلا.

لأن القاضي يعطيها النَّفقة على احتمال أن الزَّوج قد أوفاها[٣] النَّفقة، فما قيام النِّكاح بدليل على ردِّ ذلك الاحتمال، وإذا بقي الاحتمال غير مقطوع بدليله بقيت الحقيَّة ليد الغائب على المال، فيأخذ الكفيل احتياطًا لحقٍّ ثابتٍ.

فأما فيما نحن فيه فالبيِّنة على النَّسب من الميت، وصحَّ الاستحقاق عليه؛ لأن القاضي وليُّه، ولم يبق للميت احتمال [حقية][٤]، وإنَّما ههنا احتمال ظهور وارث آخر، والأصل فيه عدمه، فلا يثبت له حقٌّ بنفس الاحتمال.

وفيما [مضى][٥] حق ثابت فتبقى شبهة ثبوته باحتمال أنها ذلك الحقَّ بحاله[٦]، وعدم الدليل على قطع ذلك الاحتمال، والله أعلم.

---

[١] «أ» «ن» (قامت)، والمثبت من «ص».
[٢] «أ» (أو).
[٣] «ص» (أعطاها).
[٤] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٦] «أ» «ن» (يبقي... أنها حق ذلك بحاله)، والمثبت من «ص».

فعلمت أن سر المسألة ما قلناه: وهو أنهم يجعلون الأصل لثبوت الشركة في التَّركة، وهذه البيِّنة لم تتعرض بنصها[١] لقطع تلك الشركة، وإنَّما يأخذه لعدم دلالة الشَّريك فيبقىٰ الاحتمال وحقية تلك[٢] الشركة، فيؤخذ الكفيل لذلك.

|١١٢٤| **مسألةٌ**: إذا أقام رجل البيِّنة علىٰ امرأةٍ ماتت أنه زوجها، أو المرأة أقامت أنها كانت امرأة هذا الميت قضي للمدَّعي عند أبي يوسف بأقل النَّصيبين.

وقال محمد: [يقضىٰ][٣] بأكثر النَّصيبين.

وروىٰ الخصاف عن أبي حنيفة مثل قول محمد.

وروي عن أبي يوسف أنه يقضىٰ للمرأة بربع التسع أقلَّ ما يكون لها إذا عالت الفريضة وهن أربع.

وجه قول محمد: أن الزَّوجية سبب لأكثر النَّصيبين في الأصل، والنقصان بالولد؛ لأن الولد مع الزَّوجية ليس بوصف لا ينفصل عنه، بل قد يوجد معها، وقد لا، وهي بدونه سبب للأكثر، فتكون العبرة للأصل حتىٰ يقوم العارض، كما إذا قامت البيِّنة علىٰ الأبوة أو البنوة أو الأمية[٤] قضي بالأكثر؛ لأن هذه العلل تنفصل في الجملة عما يغير أحكامها إلىٰ الأقل[٥].

ولا معنىٰ للاستدلال بالشَّرط؛ وهو أن الله تعالىٰ جعل الزَّوجية سببًا للأكثر

[١] «ص» (لم تنقض نقصها).

[٢] «ص» (وحقية ملك تلك).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (الأمومة).

[٥] «ص» (تعين أحكامها إلىٰ الأول).

بشرط عدم الولد، فإنه جعله سببًا للأقل[١] بشرط وجود الولد، فتعارضا[٢].

وكذلك [علّق][٣] إرث الأبوين بعدم الولد، ثمَّ قضي لهما بالأكثر وإن لم يثبت العدم بدليله.

ووجه قول أبي يوسف: أن الزَّوجية إنَّما تكون سبب إرث عند الموت، لا قبله، ولها حالان في الإرث أقلُّ وأكثرُ.

ألا ترىٰ أن الزَّوج مع الابنة يرث الربع، وإن فرع[٤] الربع الآخر عن فريضة البنت، وكذلك المرأة، فثبت أن النقصان مع الولد ليس للمزاحم، ولكن لأنَّه لم يشرع سببا [لأكثر منه][٥]، وكلُّ حال عند الموت محتمَلة مثل الأخرىٰ[٦]، فلا يثبت الأكثر بالشَّكّ.

❊ فإن قيل: الأصل عدم الولد.

❁ قلنا: لا، كذلك، فقد يتزوج والولد قائم لأحدهما، وقد يتزوج[٧] بدون الولد، علىٰ أن العدم والتمسك به حجَّةٌ دافعةٌ، لا مستحقَّة، علىٰ ما مرَّ من قبل.

ومثاله: من أوصىٰ لآخر بمثل نصيب أحد الورثة كان له أخس[٨] سهامهم؛

---

[١] «ص» (للأول).

[٢] «أ» (فيعارضاه).

[٣] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٤] «ص» (فرض). والأقرب أنها: (فرغ). بدلالة ما سيأتي بعد.

[٥] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٦] «أ» «ن» (الآخر)، والمثبت من «ص».

[٧] «أ» «ن» (تزوج)، «ص» (تتزوج). والمثبت أنسب للسياق.

[٨] «ص» (أجر).

لأن الزِّيادة فيها شكٌّ.

بخلاف الولاد؛ لأنَّه سبب لاستحقاق الكلِّ مع الولد وبدونه، وإنَّما ينقص[١] بالمزاحم.

ألا ترى [أنه][٢] إذا كان مع أحد الأبوين ابنة رد عليه[٣] بعد فرض الابنة ما يفرغ عن مزاحمة البنت، فلم يقع الاحتمال في السَّبب، فقضي بالكلِّ ما لم يثبت المزاحم[٤].

ولهذا لا يقضى بربع التسع للمرأة في رواية **الأصل**؛ لأن ذلك النقصان إنَّما يقع بالمزاحم، وفيه شكٌّ.

دل عليه: أن الله تعالى علَّق أكثر أنصباء الفرائض بشرط عدم الولد، فلا يثبت الأكثر ما لم يثبت العدم بدليله، كرجل قال لعبده: «إن لم تدخل الدَّار اليوم فأنت حرٌّ»، فمضى اليوم، وقال العبد: «لم أدخل» لم يعتق حتى يقرَّ[٥] المولى.

إلا أنه في باب الولاد قضي بالأكثر وإن لم يثبت عدم الولد بسبب آخر وهو العصوبة للأب أو الرحم[٦] للأم، فإن الرد واجب عليهما إذا فرغ شيء من الفرائض، فكان كل واحد منهما مستحقًّا للكلِّ، الأقلُّ بالفرض، والباقي[٧]

---

[١] «أ» «ن» (ينقضي)، والمثبت من «ص».

[٢] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

[٣] «أ» (عليها)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «ص» زيادة (فالشك في مانع العلة، فلا يثبت بالشك، وفي الأول الشك في ثبوت العلة، فلا يثبت بالشك).

[٥] «أ» (يفسر)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٦] «ص» (والمزاحم).

[٧] «ن» (والثاني).

بالرحم، أو العصوبة، والله أعلم.

|١١٢٥| **مسألةٌ**[١]: **ذكرها في الغصب: إذا أقام رجلٌ على رجلٍ بيِّنة أن هذا** ثوبي سرق مني، وأقام ذو اليد البيِّنة أنها وديعة فلان من فلان= لم يدفع الخصومة عن نفسه استحسانًا عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: دفع قياسًا.

لأن قوله: «سرق مني» دعوى فاسدةٌ غير مسموعةٍ؛ لأنَّه لم يدَّع السَّرقة على أحدٍ، فلا يتعلَّق له به حقٌّ، فيلغو. فيبقى قوله: «هذا ثوبي» بلا سرقةٍ. ولو كان بهذا القدر اندفعت الدَّعوى بإثبات الوديعة، فكذلك هذا.

ولأن سرقة ما لا يتعلق بها قطعٌ غصبٌ شرعًا، فصار قوله «هذا ثوبي سرق مني»، وقوله: «ثوبي غصب مني» سواءً. ولو قال: «ثوبي غصب مني» ــ والمسألة بحالها ــ اندفعت الخصومة ببيِّنة الوديعة، فكذلك هذا.

ووجه الاستحسان: أن دعواه «سرق مني» صحيحةٌ، وإن لم يعين سارقًا؛ لأن له حقًّا في إثبات فعل السَّرقة على السَّارق، حتى لا تندفع الخصومة ببيِّنة الوديعة.

ألا ترى لو عين فقال: «سرقته مني» صحَّت، فلا تبطل الدَّعوى بتركه[٢] ذكر السَّارق لوجهين:

أحدهما: أن الشَّرع ندبه إلى السِّتر عليه لما فيه من الحدِّ، ولا يمكنه إحياء

---

[١] هذه المسألة غير مثبتة في «ص».

[٢] «ن» (فتركه).

حقِّه في إثبات السَّرقة مع الستر إلا بأن يقول: «سُرق مني»، فلا يذكر الفاعل. بخلاف الغصب لأنَّه لا حدَّ فيه؛ ولأن الغصب لا يقع خفية ليجب ستره.

ولأن السَّرقة تكون بحيلة واستسرار، ولا تكون مجاهرة، والشَّاهد قد يرىٰ الثوب يسرق، ولا يدري السَّارق بالليالي، فلو شرطنا علىٰ صاحب المال تعيين السَّارق لإثبات السَّرقة لضاق عليه، فسمعت دعواه السَّرقة بغير ذكر السَّارق، ليمكنه إحياء حقّه في إثبات السَّرقة من غير حرج علىٰ ما يقع عادة.

بخلاف الغصب؛ لأنَّه يقع مجاهرة ويشتهر عند النَّاس، فلا يحرج صاحبه في إثباته علىٰ الغاصب بعينه.

وإذا صحَّت الدَّعوىٰ بهذا العذر، وصحَّت الشَّهادة، قضي بأنه مسروق منه، فلزم المدَّعىٰ عليه ردُّه عليه بسبب أنه ملكه، وبسبب أنه مأخوذٌ منه؛ ولأن سرقةً لا قطع فيها بمنزلة الأخذ علىٰ ما قلتم.

وبيِّنة الوديعة دفع لخصومة[1] الملك دون الأخذ، كما لو ادَّعىٰ أنه ملكي أخذته مني ـ والمسألة بحالها ـ؛ لأن عموم القضاء بالسَّرقة يتناول ذا اليد؛ لأن غيره ليس بأوْلىٰ منه، فيصير في الحكم كما يتناوله من طريق الخصوص، فلا يقبل بيِّنة[2] الوديعة منه[3].

❊ فإن قيل: ههنا يتناوله من طريق الاحتمال، فإن السَّارق واحدٌ من النَّاس، ويحتمل أن يكون هذا، فلا يدخل تحته بالاحتمال.

---

[1] «ن» (بخصومة).

[2] «أ» (بنية).

[3] في حاشية «أ» (لأن العموم والخصوص عندنا).

۞ قلنا: لما صحَّت الدَّعوىٰ، وقضي بأن الثوب مسروق منه، كما قضي بأنه ملك كان كذلك في يد من كان علىٰ العموم، فيجب الردُّ بحقِّ الاعتراض علىٰ يده، ويجب علىٰ ذي اليد دفع حكم أخذ اليد عن نفسه، لا دفع الملك.

وسبيله سبيل رجل أقام البيِّنة «أن هذا ثوبي»، قضىٰ له به قاضي كذا، وأقام ذو اليد البيِّنة أنه ثوبي نسج[١] في ملكي لم يكن دفعا.

لأن الثوب صار له بالقضاء، فيلزمه أن يأتي ببيِّنة تدفع القضاء لا محالة، وسبب النسج لا يندفع؛ لأن القضاء لابدَّ له من سببٍ، ويجوز أن يكون السَّبب بيِّنةً قامت عليه أنه أقرَّ له به، أو اشتراه منه، فلم تكن بيِّنة ذي اليد دفعا حتىٰ تدفع الأسباب كلُّها، فكذلك بيِّنة ذي اليد في مسألتنا لا تكون حجَّةً حتىٰ تكون من غير السَّارق لا محالة، ولم تثبت.

***

[١] «أ» بالخاء في هذا الموضع والذي بعده، والمثبت من «ن».

فَصْــل
دعوى النَّسب

دعوىٰ النَّسب كسائر الدعاوىٰ لا تثبت إلا بحجَّة، والنَّسب حكم كسائر الأحكام لا يثبت إلا بسببٍ موجبٍ له، وهذا الموضع موضع بيان سبب النَّسب، فإن له سببًا واحدًا، وهو الفراش، وإنه يثبت مرَّة بملك النِّكاح ـ وهو الأصل ـ، ومرَّة بملك اليمين.

وهذا باب ملك اليمين فنبين حد أنه[١] يثبت بالفراش، وكيف يثبت، وبأي شرطٍ يثبت، وبأي معنىٰ يمتنع.

|١١٢٦| **مسألةٌ:** قال [**علماؤنا**][٢] الأمة لا تصير فراشًا إلا بدِعوة الولد.

وقال **الشافعي** ـ رحمه الله ـ: تصير فراشًا بالإقرار بالوطء(٣).

واحتج بحديث عبد بن زمعة فقد خاصم سعد بن أبي وقاص إلىٰ رسول الله ﷺ في ولد وليدة زمعة. **فقال**: هو ابن أخي أتىٰ به أخي. وكان أخوه عتبة ألمَّ بها وغاب. **وقال عبدٌ**: هو أخي، وُلد علىٰ فراش أبي. فقال النبي ﷺ: «**الولد للفراش وللعاهر الحجر**»(٤).

---

[١] «ص» (فيثبت حدا به).
[٢] ما بين [ ] ليس في «ن». وفي «ص» (أصحابنا).
(٣) انظر: «الحاوي الكبير» (١١/١٥٣)، و«العزيز شرح الوجيز» (٩/٥٤٥).
(٤) تقدم تخريجه.

والفراش لغة اسم لما يستفرش[١] والمراد بالفراش المرأة التي تكون فراشًا للرجل[٢] ، لا فراش النوم ، والمرأة إنَّما تكون فراشًا لغة بالوطء ، وأحكام الشَّرع تتعلَّق بظاهر ما توجبه اللغة حتىٰ يقوم الدليل علىٰ تغير[٣] بالشَّرع .

ولأن[٤] عبدا كان كافرا حتىٰ[٥] خاصم جاهلا بالشَّرع ، وقد قال: «وُلد علىٰ فراش أبي» ولم يرد فراش النوم بلا شك ، فما هو من الولد بشيءٍ ، فثبت أنه أراد به فراش الجماع الذي هو سبب الولد حسًّا قبل الشَّرع .

والنبي ﷺ حكم له بحجته فعلم أن قدر المعقول[٦] من فراش الجماع للكفار حجَّة يقضىٰ بها النَّسب .

وروىٰ محمد بن إسماعيل البخاري في الصحاح أن النبي ﷺ قال لعبدٍ: «هو أخوك من قبل أنه ولد علىٰ فراش أبيك»(٧).

وروي في رواية أخرىٰ أن النبي ﷺ أشركه في الميراث .

وروىٰ **محمد بن الحسن** في الأصل عن عمر رضي الله عنه أنه مر بجارية تستقي مع رجال[٨] [من بئر][٩] فقال: «لمن هذه» . فقالوا: لفلان . فقال: لعله يطؤها .

---

[١] «ص» (يفترش) .

[٢] «ص» (للرجال) .

[٣] «ص» (تعبيره) .

[٤] «أ» (ولا) ، والمثبت من «ن» .

[٥] «ص» (حين) .

[٦] «أ» «ن» (المفعول) ، والمثبت من «ص» .

(٧) هي أحد ألفاظ الحديث السابق رواها البخاري (٤٣٠٣) .

[٨] «أ» «ن» (رجل) ، والمثبت من «ص» . ففي بعض ألفاظ الأثر (غلمان) .

[٩] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» .

فقالوا: نعم. فقال: أما إنها لو ولدت ألزمتُه ولدها»(١).

وروى أيضا: «حصِّنوهن أو لا تحصِّنوهن، أيُّما رجل وطئ جارية[٢] ثمَّ جاءت بولد ألحقتُ نسبه به والضياع عليه»(٣).

وعنه أيضا: «ما بال أقوام يطؤون ولائدهم ثمَّ يعزلونهن لا تأتيَن وليدة بولدٍ يعترف سيدها أنه[٤] ألم بها إلا ألحقتُ به[٥] ولدها، فاعزلوا أو اتركوا»(٦).

وعن ابن عمر رضي الله عنهما نحوا من هذا(٧).

والمعنى فيه: أن هذا وطءٌ حلالٌ فيثبت به الفراش شرعًا؛ قياسًا على من

---

(١) رواه عبد الرزاق (١٢٥٢٣) عن ابن جريج قال: أخبرني عبد الكريم، أن عمر، مر بأمة تنزع على إبل تسقي، فقال: «لعل سيد هذه، أن يكون يطؤها ثم ينكر ولدها، أما إنه لو أنكر ألزمته إياه»، ورواه سعيد بن منصور في «سننه» (٢/٩٠، رقم: ٢٠٦٤).

[٢] في حاشية «أ» زيادة (ثم ضيعها).

(٣) رواه ابن أبي شيبة (١٧٤٩٧) عن يزيد بن هارون، قال: نا سعيد بن أبي عروبة، عن قتادة، عن رجاء بن حيوة، عن قبيصة بن ذؤيب، قال: قال عمر: «حصنوهن أو لا تحصنوهن أو لا تلد امرأة منهن على فراش أحدكم إلا ألحقته به»، ورواه سعيد بن منصور في «سننه» (٢/٩٠، رقم: ٢٠٦٢).

[٤] «ص» (أن قد).

[٥] «ص» (منه).

(٦) رواه مالك في «الموطأ» (٤/١٠٧٥) برقم: (٢٧٤٦)، عن ابن شهاب، عن سالم بن عبد الله بن عمر، عن أبيه، أن عمر بن الخطاب قال: ما بال رجال يطؤون ولائدهم، ثم يعزلونهن، لا تأتيني وليدة يعترف سيدها أن قد ألم بها إلا ألحقت به ولدها، فاعزلوا بعد ذلك أو اتركوا». وإسناده صحيح. ورواه عبد الرزاق (١٢٥٢١)، وسعيد بن منصور في «سننه» (٧/٩٠، رقم: ٢٠٦٣)، والبيهقي في «سننه الكبير» (١٥٤٧١)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/١١٤، رقم: ٤٧٢٦).

(٧) عزاه الطحاوي لابن عمر رضي الله عنهما في شرح معاني الآثار (٣/١١٤)، ولم أقف عليه مسندا.

زُفَّت إليه غير امرأته، فوطئها، فجاءت بولد= يثبت النَّسب من غير دِعوة[١]، لأن الوطء حلالٌ له ظاهرًا بناءً على الزِّفاف[٢]، فهذا الذي هو حلال ظاهرا وباطنا أوْلىٰ.

وكذلك الوطء بنكاح فاسد يوجب الفراش لتأويل الصِّحَّة والحل، فهذا الذي هو حلال أوْلىٰ.

وكذلك النِّكاح يثبت به الفراش بلا وطء؛ لأنَّه سبب الوطء ما فيه غرضٌ غيرُه، فلما أُلحق السَّبب[٣] الصَّحيح بالوطء صيانةً للماء عن الضياع، فلأن يعمل الوطء الحلال هذا العمل أوْلىٰ.

وهذا كله لأن الولاد حقيقته بالمياه كما في البهائم، ثمَّ الشَّرع ألحق به السَّبب[٤] صيانة للماء عن الضياع، وألغىٰ حكم الماء بالزنا صيانةً لنسل الإنسان عن الحرمة والخبث، فإذا جاء الوطء الحلال الذي هو سبب الماء حقيقة، ولم يلغ بكونه زنا= لم يكن بدٌّ من تعلُّق ثبوت النَّسب به.

ولأن ملك النِّكاح لما كان للوطء أوجب الفراش بنفسه، وملك اليمين لا يوجب؛ لأنَّه قد يراد به الوطء وقد لا يراد، فإذا وطئها تحقَّقت إرادة الوطء، وبطل احتمال العدم، فصار كملك النِّكاح في إرادة الوطء به، بل آكد، فليس المتحقِّق كالمقصود قبل تحققه.

والحجَّة لعلمائنا[٥]: أن وطء الأمة يحتمل الولد وغيره، فلا يثبت به

[١] «ص» (من دعوة الأب الوطء).

[٢] «أ» «ن» (الرقاب)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٣] «ص» (النسب).

[٤] «ص» (النسب).

[٥] «ص» (ولنا).

الفراش؛ قياسًا على ملكها، وهذا لأن المحتمل لا يكون حجَّة.

وإنَّما قلنا: محتمل[١]؛ لأن العادة جرت في وطء الإماء لقضاء الشهوة، دون الولد، يحقِّقون ذلك بالعزل، كما جرت العادة في شراء المماليك، لا للاستيلاد.

وكما أن عدم الوطء مع الملك يعدم الولد[٢]، فكذا عدم الماء مع الوطء يعدمه، حتى لم يثبت الفراش بوطء الصبي؛ لأنَّه لا ماء له، فثبت أن الملك والوطء سواءٌ، وأن حقيقة الولد بالماء، وأن الوطء سبب الماء حقيقةً، والنِّكاح سبب[٣] للوطء شرعا، إلا أن الشَّرع ألحق وطء النِّكاح في باب النَّسب بالماء؛ لأنَّه لا يراد به عادة إلا الولد.

وكذلك العزل بدون رضى المرأة حرام شرعا، كما في النِّكاح الفاسد، وألحق النِّكاح الذي هو سبب الوطء به؛ لأنَّه لا يعقد إلا له في العرف والشَّرع، [ولهذا][٤] كان الوطء من الإمساك بالمعروف.

ثم ملك الأمة لم يثبت الفراش؛ لأنَّه يراد به الوطء وغيره، فكذا وطؤها؛ لأنَّه يراد به الولد وغيره.

فإن قيل: حرمة المصاهرة في الأصل علِّقت بالولد وبالماء على ما عرف في موضعه، ثمَّ ألحق النِّكاح بالوطء؛ لأنَّه سببه، ولم يلحق ملك اليمين بالماء

---

[١] «ص» (يحتمل).

[٢] «أ» «ن» (الوطء)، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (فثبت).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

في إثبات الحرمة ، وألحق به الوطء بملك اليمين ، فعلم أن للوطء حكم الماء .

وكذلك [في][١] باب الاغتسال وإيجاب الكفارة على الصائم والحل للزَّوج الأوَّل= ألحق الوطء بالماء دون النِّكاح ، فثبت أن هذا أقوى .

وهذا لأن الوطء سبب الماء ، والماء أمر في الباطن لا يمكن الوقوف عليه من غيره ، فعلِّق بالسَّبب الظَّاهر ليمكننا إقامة الأحكام التي نبتلى بها[٢] .

فأما النِّكاح فلا يلحق بالوطء لتعذر الوقوف على الوطء ليسقط اعتبار الوطء حقيقة على كل حال ، واحتمل السُّقوط لبطونه عن أعين النَّاس ، فصحَّ السُّقوط في النِّكاح بالشَّرع ، ولم يجز إلحاق الوطء به في السُّقوط ؛ لأنَّه أخفى وأشد اعتبارا به .

وكذلك الجمع بين الأختين حرامٌ نكاحًا ، وحرُم وطئًا بملك اليمين ، ولم يحرم[٣] ملكا .

۞ قلنا: إن حرمة المصاهرة تثبت بحكم أن الزَّوجين يصيران في حكم شخص واحد ، حتى تصير بناتها كبناته[٤] وأبناؤه كأبنائها ، على ما بيَّنَّا في النِّكاح ، وذلك[٥] بالوطء مرَّة لازدواج النفسين ، واختلاط الفرج في الفرج . وبالماءين أخرى بحقيقة الانخلاق[٦] صورة واحدة منهما جميعًا ، فكان كلٌّ

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» .

[٢] «أ» (يتسلي بها) ، «ص» (تبتنى عليها) ، والمثبت من «ن» .

[٣] «أ» «ن» (يجز) ، والمثبت من «ص» .

[٤] «أ» «ن» (ثيابها كثيابه) ، والمثبت من «ص» .

[٥] «ص» (وكذلك) .

[٦] «ص» (الإطلاق) .

واحد من الأمرين علَّة بنفسها ، وبالنِّكاح [أخرىٰ ؛ لأنَّه تزويج حكما ، وبه تجب حقوق النِّكاح مشتركة ، ويطالب كل واحد[١] صاحبه بالوطء.

وأما ملك اليمين فما فيه تزويج بوجه ، ولا حقَّ للأمة يثبت به ، فلم يصر كالوطء الذي فيه تزويج بين الشخصين ، حتىٰ صارا كشخص واحد][٢].

والنِّكاح عقد وطءٍ واستيلادٍ فألحق بهما شرعا. وملك اليمين لم يشرع مقصودا للوطء والاستيلاد ، بل لأمور أخر ، وهما فيه تبعٌ ، فلم يلحق ملك اليمين بالوطء.

فأما النَّسب في الأصل فمعلَّق بالماء ، وبه تثبت الإضافة كما في البهائم ، والجماع سبب للماء ، كالملك ، فاعتبر الجماع الذي لا يراد به الولد عرفًا [بالملك الذي لا يراد به الولد عرفًا][٣] ، ولم يجز اعتبار الجماع بالماء ، ولا بالنِّكاح المشروع للولد عرفًا وشرعا ؛ لأن الازدواج والاتحاد الذي يقع بالنِّكاح ما هو بسبب للنَّسب دون الماء. ألا ترىٰ أن نكاح الصبي ووطأه يوجب المصاهرة بالازدواج ، ولا يوجب نسبا لعدم الماء.

ويدل عليه أن المسلمين أجمعوا أن الأمة الموطوءة لا تلزمها العدَّة بإزالة ذلك الملك بالإعتاق أو البيع.

وزوال الفراش بعد الوطء لا ينفك[٤] عن عدَّة في الأصل إلا بقاطع ، كما

---

[١] «أ» (واحده) ، والمثبت من «ن».

[٢] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» ، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «ص» (ينتقل).

في النِّكاح صيانةً للنَّسب المتعلِّق به حتىٰ لا تحل لغيره إلا بعد العدَّة، فلا[١] تختلط[٢] المياه.

وقد حقَّقنا هذا المعنىٰ في أم الولد إذا أُعتقت أنها تعتد بثلاث حيض لمكان الفراش، بخلاف الأمة القنَّة، فيكون حقيقة الكلام فيه بناءً علىٰ تلك المسألة.

والجواب عن احتجاجه بالخبر أن الحجَّة في قول النبي ﷺ: «**الولد للفراش وللعاهر الحجر**»، وإنه من رسول الله ﷺ نصب شريعة لم يكن عهد[٣] في الجاهلية، فإنهم كانوا يستلحقون[٤] الأولاد بالاستفراش بالجماع حلالا وحراما، فأخبر ﷺ أنه لا نسب للعاهر، فأبطل ذلك الجانب، وأبطل الحجَّة بالفراش لغةً، ولما أبطل اعتبار الفراش لغةً عُلم أن المراد بالفراش الفراش شرعا، والخلاف وقع فيه.

❊ **فإن قيل**: النبي ﷺ كان يحتاج إلىٰ البيان، ولا يقع البيان بما لا يُعقل.

❁ **قلنا**: احتاج إلىٰ قطع خصومة سعدٍ، وقد بيَّن، ولم يحتج إلىٰ بيان في جانب عبدٍ؛ لأنَّه كان أقرَّ بأنه أخوه المولود علىٰ الفراش، وإقراره حجَّةٌ عليه من حيث [إنه][٥] يشركه[٦] في الميراث[٧].

---

[١] «ص» (كيلا).

[٢] في حاشية «أ» (تختلف).

[٣] في حاشية «أ» زيادة (بهم).

[٤] «أ» (يستحلفون)، «ص» (يلحقون)، والمثبت من «ن».

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» «ن» «ص»، والمثبت من حاشية «أ».

[٦] «أ» (شركة)، ولم تضبط في «ن»، والمثبت من «ص».

[٧] «أ» (الإرث).

علىٰ أنه روي عن النبي ﷺ [في المشهور][١] أنه قال لعبد: «هو لك يا عبدُ. الولد للفراش»(٢).

وقوله: «هو لك» قضاء بالملك له بكونه ولد أمة أبيه، لا بالنَّسب، فإنه بالنَّسب للأب، لا للأخ[٣].

وقوله: «الولد للفراش» ردّ عليه أي لأن الولد للفراش، ولا فراش لأبيك، فيكون لك عبدا، إلا أنه عتق عليه بإقراره، وشركَه في الإرث كذلك.

ألا ترىٰ أنه قال لسودة بنت زمعة: «احتجبي فإني أرىٰ فيها[٤] شبها من آل[٥] أبي وقاص»(٦).

ورَوىٰ أبو يوسف في الأمالي أن عبد بن زمعة قال: «يا رسول الله. هو أخي ولد علىٰ فراش أبي أقرَّ به أبي»، ولا خلاف بعد الإقرار والدِّعوة في ثبوت الفراش، وهو تأويل رواية إسماعيل.

فإن[٧] النبي ﷺ قال له: «هو أخوك علىٰ ما زعمت» علىٰ أن العرب كانت لا تستلحق الولد إلا علىٰ اعتبار[٨] الانخلاق[٩] من مائه، وذلك لا يكون بنفس

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
(٢) وهي أحد ألفاظ الحديث التي رواها البخاري (٢٠٥٣).
[٣] «ص» (من الأب لا من الأخ).
[٤] «أ» (فيه).
[٥] «ص» (بآل).
(٦) تقدم تخريجه.
[٧] «ص» (لأن).
[٨] في حاشية «أ» زيادة (حقيقة).
[٩] «ص» (الإطلاق).

الاستفراش للوطء، بل بوطء يطلب منه الولد، ووطء للولد[١] من غير الواطئ لا يُعرف في ملك اليمين الذي لم يوضع للولد إلا بالإقرار، فيصير دعوى فراش[٢] دعوى إقرار الأب[٣] بوطء للولد، وذلك بدِعوة الحبل.

وأما آثار الصحابة فمتعارضة[٤].

فقد روي عن ابن عباس أنه كان يطأ جارية فجاءت بولد فلم يلتزم[٥] نسبه. وقال: «أما أني كنت أطؤها وطئًا لا أريد ولدها»(٦).

فثبت أنه كان لا يرى الفراش بالوطء، فإنه لو رأى ذلك لثبت النَّسب.

وبعد الثُّبوت عندك لا ينتفي بالنَّفي، وعندنا لا ينتفي بترك الالتزام.

ولأنَّه علَّل بأنه كان يعزل، وبه ينقطع الفراش، ولا يثبت النَّسب عندي، وعندك لا ينقطع، فالتَّعليل نصٌّ على بيان المذهب.

وعن زيد بن ثابت أنه باع جارية فولدت، وادَّعت أنه منه، فأنكره زيد. وقال: «إني لم أرد منها الولد»(٧). فيكون التَّعليل نصا على بيان المذهب.

---

[١] «أ» (الولد).

[٢] «ص» (فراش الأب).

[٣] «أ» (الولد)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «أ» (فمعارضة)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٥] «أ» (يلزم)، والمثبت من «ن» و«ص».

(٦) رواه عبد الرزاق (١٢٥٣٤) عن محمد بن عمر قال: أخبرني عمرو بن دينار، أن ابن عباس: «وقع على جارية له، وكان يعزلها فولدت فانتفى من ولدها»، ورواه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (١١٦/٣، رقم ٤٧٣١). وانظر: «التلخيص الحبير» (٦/٤).

(٧) رواه عبد الرزاق (١٢٥٣١) عن الثوري، عن ابن ذكوان، عن خارجة بن زيد قال: «كان=

أو يحمل[١] قول عمر على التهدُّد[٢] ليمتنع النَّاس عن تضييع الإماء[٣] بعد الوطء صيانةً للمياه عن الاختلاط.

وعن عمر رضي الله عنه أنه كان يطأ جارية فجاءت بولد لا يشبهه، فنفاه، وقال: «اللهم لا تلحق بآل عمر من ليس منه». فأقرت بالزنا(٤).

فتبيَّن أن مذهب عمر في انتفاء النَّسب بالنَّفي، فكان لا يمكنه الإلزام[٥] بالوطء مع ما لَهم من حق النَّفي.

فثبت أنه قال ذلك تهدُّدًا لا تحقيقًا، والتهدُّد بما لا يحلُّ[٦] شرعًا صحيحٌ على تأويلٍ صحيحٍ، والتأويل الصَّحيح الإلزام خبرا بناءً[٧] على الظَّاهر، لا حتمًا، والله أعلم بالصواب.

= زيد بن ثابت يقع على جارية له يطيب نفسها لأنها كانت جارية له، فلما ولدت له انتفى من ولدها وضربها مائة، ثم أعتق الغلام». ورواه سعيد بن منصور في «سننه» (٢/٩٢، رقم: ٢٠٧٢) شرح معاني الآثار (٣/١١٦، رقم: ٤٧٣٢). وانظر: «التلخيص الحبير» (٤/٦).

[١] «ص» (ويحمل).

[٢] «ص» (التهديد).

[٣] «أ» (المياه)، والمثبت من «ن» و«ص» وحاشية «أ».

(٤) رواه عبد الرزاق (١٢٥٣٦) عن ابن عيينة، عن ابن أبي نجيح، عن رجل، من أهل المدينة، أن عمر بن الخطاب، كان يعزل عن جارية له، فحملت فشق ذلك عليه، وقال: «اللهم لا تلحق بآل عمر من ليس منهم» قال: فولدت غلاما أسود فسألها، فقالت: من راعي الإبل. قال: «فاستبشر». ورواه سعيد بن منصور (٢/٩٢، برقم: ٢٠٧٣). وانظر: «التلخيص الحبير» (٤/٦).

[٥] «ص» (لا يلزمه الالتزام).

[٦] «أ» (يصح)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٧] «أ» «ن» (حبرا بها)، «ص» (حرا بناء)، والمثبت من حاشية «أ».

|١١٢٧| مسألةٌ: ثمَّ[١] علىٰ أصلنا ينتفي نسب ولد الأمة بعد ما صارت فراشًا بالنَّفي.

وقال الشافعي: لا ينتفي إلا أن يدَّعي أنه كان استبرأها بعد الوطء بحيضه، ويحلف عليه(٢).

لأن النَّسب متىٰ ثبت بالفراش لم ينتف بمجرد النَّفي كنسب [ولد][٣] المنكوحة، إلا أنه إذا ادَّعىٰ الاستبراء بحيضة فقد ادَّعىٰ الانقطاع، لأن الفراش الثَّابت بالماء ينقطع بالاستبراء الدالِّ علىٰ عدم العلوق.

كما في استبراء المماليك، فيعود إلىٰ حال ما قبل الوطء.

وكالمنكوحة إذا بانت قبل الوطء، أو بانت، واعتدَّت.

إلا[٤] أن الحق للمولىٰ في هذا الباب دون الأمة، وهو أمين فيه، فيكون القول قوله مع يمينه لحقِّ الولد.

ولنا: ما روينا عن عمر ﷺ أنه نفىٰ ولد وليدة كان يطؤها، وكذلك ابن عباس، وابن عمر(٥).

والمعنىٰ فيه: أن النَّسب ما ثبت إلا بدعوته وخبره أن الولد خُلق من مائه، فكذلك ينتفي بخبره أنه ليس منه؛ لأنَّه مثل الأوَّل في الصدق والكذب.

---

[١] زاد في «أ» (قال)!

(٢) انظر: «الحاوي الكبير» (١١/١٥٤)، و«بحر المذهب» للروياني (١١/٢٤٦).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (ألا ترىٰ).

(٥) تقدم تخريج هذه الآثار.

بخلاف النِّكاح؛ لأن النَّسب [يثبت][١] بالنِّكاح، لا بخبره أنه من مائه، ولما صار النِّكاح حجَّةً عليه شرعًا لم يتخلص عنه بخبره إلا بحجَّةٍ دافعةٍ شرعًا، وهو اللعان.

وبخلاف ما لو نفىٰ نسب الذي أقرَّ بأنه منه؛ لأن الخبر الثَّاني مردودٌ بالكذب؛ لأن الأوَّل حكم بصدقه بلا معارض، فتعين الثَّاني للكذب.

فصارت هذه المسألة بناءً علىٰ الأولىٰ، فإن الوطء علىٰ أصله حجَّةٌ علىٰ النَّسب كالنِّكاح، فلا يتخلَّص عنه بالخبر إلا بحجَّةٍ شرعيَّة.

وعندنا الوطء ليس بحجَّةٍ، بل الحجَّة خبره عن الولاد، وعلمه بالولاد الثَّاني مثل علمه بالأوَّل، فيكون خبره عنه مثل خبره عن الأول، إلا أنها قبل الخبر الأوَّل لم تكن فراشًا، فكانت علىٰ ذلك حتىٰ أخبر، وصارت فراشًا بعد[٢] الخبر فبقيت علىٰ ذلك حتىٰ يخبر بخلاف ذلك.

[وهذا لأنَّها تصير فراشًا بانخلاق الولد من مائه، لا بالوطء، وطريق معرفته إرسال الماء، وطريق معرفته خبره، فإذا ادَّعىٰ الولد فقد أخبر[٣] بغير الحال، وصار أوْلىٰ من استصحاب الحال][٤].

دل عليه أنه يملك تزويج أم الولد بلا استبراءٍ، ولو كان الشغل ثابتًا بدليله لما صحَّ حتىٰ يقطعه، كالمنكوحة.

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٢] «ص» (بغير).

[٣] في حاشية «أ» (فإذا جاء الخبر وصار إرسال الماء أصلا بقي علىٰ ذلك حتىٰ يخبر بخلافه فإذا أخبر بغير الحال).

[٤] ما بين [ ] ليس في «ص».

ولما صحَّ التزويج علم أن الفراش ثابتٌ[١] بحكم استصحاب الحال الثَّانية بالخبر الأول، والتزويج دليل على أنها فارغةٌ عنه، فسقط حكم استصحاب الحال لعدم الدليل، إذا جاء الدليل لولا ذلك لما جاز، والله أعلم.

[لأن الفراش من إنسانٍ ما لم ينعدم لا يجوز التزويج، كما لا يجوز تزويج المنكوحة ما لم ينقطع الفراش، وهو الملك بأثره، ولو كان الفراش ثابتًا بالوطء فما لم ينقطع بالاستبراء ما كان يحل التزويج، فلما جاز بنفسه بناءً على أن الإنكاح إخبارٌ بأنها فارغة كان دليلًا على أن الفراغ وانقطاع الفراش يثبت بخبره، وإذا ثبت انقطع النَّسب، فيكون هذا حجَّةً في المسألة الأولى][٢].

|١١٢٨| **مسألةٌ**: تقرب من هذا: إذا ولدت الأمة ثلاثة أولادٍ في بطونٍ مختلفةٍ، ثمَّ قال المولى: «الأكبر ابني» لم يثبت نسب الأصغرين عندنا.

وقال زفر: يثبت.

لأنَّه سكت عن الآخريْن، وقد صارت الأمة أم ولد بالأكبر، فيثبت نسب[٣] ولدها بلا دِعوة.

إلا أنا نقول: هذا التخصيص نفيٌ لنسب الأصغرين؛ لأن الحاجة إلى بيان نسب الكلِّ حاجةٌ على السَّواء شرعًا وعرفًا، والسكوت عن البيان[٤] في موضع الحاجة إلى البيان لا يحلُّ، فعلم أنه ما سكت عن الباقييْن إلا لسقوط الحاجة إلى

[١] «ص» (غير ثابت).

[٢] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٣] «أ» (النسب)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «ص» (الحاجة).

البيان، وذلك بعلمه[١] فيهما بخلاف[٢] علم الأكبر، وهذا هو الأصل في كلام الشَّرع أن السكوت لا يكون حجَّة إلا عند الحاجة إلى البيان.

|١١٢٩| **مسألةٌ**: ثمَّ لا يصحُّ النَّفي بعد طول المدَّة، وإنه غير مقدَّر عند أبي حنيفة.

وقالا: أربعون يوما.

لأن النَّسب أو النَّفي من أحكام الولادة، وبالطول تنقضي مدَّة النَّفي، فيجب اعتباره بأطول مدَّة قدِّرت للولادة.

وأبو حنيفة يقول: إن النَّفي لا يحلُّ جزافًا[٣]، بل إذا عرف أنه ليس منه بدليل مثله، وذلك إنَّما يكون بنظرٍ واستدلالٍ، والنَّاس يتفاوتون في الاستدلال[٤] وكذلك الدلائل المنبهة[٥] تختلف في ذلك.

---

[١] «ص» (وحال من يعلمه).

[٢] «ن» (خلاف).

[٣] «ص» (لا يحل حراما).

[٤] «أ» «ن» (الاستدراك)، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (المبهمة).

فَصْــل
فراش النِّكاح[1]

قال علماؤنا: الفراش بالنِّكاح يثبت بنفس الملك.

وقال الشافعي: لا يثبت إلا بالملك وإمكان الوطء(٢).

حتى إذا تزوج امرأة وطلّقها عقِيب العقد، ثمَّ جاءت بولدٍ لستَّة أشهرٍ من حين العقد ثبت النَّسب عندنا.

وعنده: لا يثبت(٣).

وكذلك إذا ولدت المنكوحة لستَّة أشهرٍ وبين الزَّوج وبينها مسيرة سنةٍ ثبت النَّسب عندنا.

وعنده: لا يثبت(٤).

لأن الوطء غير ممكن يقينًا، وذهب إلى أن عدم الإمكان من الوطء يعلمنا أن الولد ليس من مائه، فلا يثبت النَّسب منه، كما إذا كان الزَّوج صبيًّا.

وهذا لأن أصل النَّسب بالانخلاق من مائه، إلا أن الشَّرع شرط الفراش الحكمي للنسب حتى لا يثبت بالزنا، فصار زيادةً على الماء، غير أن الماء أمرٌ

---

[١] هذا الفصل غير مثبت في «ص».

(٢) انظر: «الحاوي الكبير» (١١/١٦٠)، و«المهذب» للشيرازي (٣/٧٩).

(٣) انظر: المصادر السابقة.

(٤) انظر: المصادر السابقة.

باطنٌ لا يقف الرَّجل عليه حقيقةً، والمرأة ربَّما تخون، وإنَّما الذي يظهر للرجل من طريق العلوق من مائه وطؤه إياها، غير أن الوطء خفيٌّ عن غيرهما، والنَّسب أمرٌ ذو خطرٍ فوجب على الإمام والقاضي حفظه.

ولهذا لم يجز النِّكاح المعقود عليه لهذا الأمر إلا بسببٍ ظاهر لغيرهما، وهو الشَّهادة، فعلِّق النَّسب[١] بإمكان الوطء في العادات، فإنه مما يظهر للناس.

فأما إذا جاء الدليل القاطع عن الماء، فلا سبب للزوج.

ألا ترى أنهما إذا تلاعنا انقطع النَّسب لقيام دليلٍ شرعيٍّ على أنه من الزنا، وإذا قام دليل قاطع على أنه من زنا فأَوْلى أن لا يثبت النَّسب منه.

ولأن الولد كما[٢] يجب النظر له لئلا يضيع نسبه، فيجب النظر للرجل بأن لا يلحق به ما لا يتوهم أنه منه.

ولعلمائنا: أن أصل الولد لما كان من الماء، وولده ما يكون من مائه، ولم يمكن البناء عليه، ولا على الوطء الذي هو سببه؛ لأنَّه يشتبه على النَّاس غيرهما، ووجب النقل إلى سببٍ ظاهر للناس= نُقل إلى ملك النِّكاح الذي لم يشرع إلا للولد على ما عرف.

فإن الأصل أن الحكم متى تعذر تعليقه بعين العلَّة علِّق بسببها الظَّاهر تيسيرًا، كرخص المسافرين تعلَّقت في الأصل بالمشقَّة، ولما تعذَّر معرفتها من كلِّ مسافرٍ نقل إلى سببها[٣]، وهو السَّير سفرًا؛ لأنَّه سير جديد[٤].

---

[١] «ن» (السبب).
[٢] في حاشية «أ» (ما).
[٣] في حاشية «أ» زيادة (الظاهر).
[٤] في حاشية «أ» (مديد).

وكذلك الخطاب لم يجر[١] علينا بأدنى العقول نظرًا، وجرى إذا اعتدل، ولما تعذَّر معرفة الاعتدال من كل شخصٍ أقيم البلوغ الذي هو سبب الاعتدال مقامه تيسيرا[٢]، ومتى قام السَّبب مقام العلَّة سقط اعتبار العلَّة أصلًا، ودار الحكم مع السَّبب الظَّاهر، كما قلنا في النظير.

وإذا كان كذلك وجب إدارة النَّسب مع ملك النّكاح، وإلحاقه بالوطء الذي هو سبب الماء في الأصل، ولغا إمكان الوطء؛ لأن الإمكان يشترط ليكون الولد من مائه اعتبارا، وقد سقط اعتبار هذه الحقيقة.

ولا يلزم امرأة الصبيِّ؛ لأنا علَّلنا لإلحاق الملك بالوطء، وهناك الملك والوطء سواءٌ.

ولأنا أقمنا الملك مقام الماء في حق ثبوت الفراش، وهناك الفراش ثابتٌ بالملك، ولكن مالكه ليس بأهل لملك النَّسب، فلم يثبت النَّسب لخللٍ في المالك، لا لخللٍ في الفراش.

وهذا كما نقول: إن سبب الولاء الإعتاق، والحرُّ إذا كاتب عبدًا فأداها عتق، وثبت الولاء له.

والمكاتب لو فعل مثله كان الولاء للمولى؛ لأنَّه ليس بأهل لملك الولاء ما دام عبدا في نفسه، وإن وقع العتق بعقده، والأداء إليه.

وأما قوله: «إن الرَّجل محفوظٌ عن التحاق ولد غيره به» فكذلك، وإنَّما جعله محفوظا بدليله، وهو النَّفي واللعان.

---

[١] «ن» (يجز).

[٢] في حاشية «أ» زيادة (علينا).

ألا ترى أنه محفوظٌ حال إمكانه الوطء وغير إمكانه، وأنه يعلم يقينا إذا أمكنه الوطء ـ ولم يطأها ـ أن الولد ليس منه، والنَّسب ثابتٌ إلا بلعان، فكذا إذا لم يمكنه؛ لأن الحقيقة غير متبدلة للزوج بإمكانه، فجعل الشَّرع النَّسب محفوظًا بالفراش لمن هو أهلٌ للنسب إليه، ويصير أهلًا بالماء، وجعل الرَّجل محفوظًا عن لحوق غيره به بالنَّفي واللعان، وجعل الرَّجل أهلا له[1] بالماء، والنّكاح ليس بسبب له ليقوم مقامه، بل سببه البلوغ، فأقيم مقامه، حتى إذا حكم ببلوغه ثبت النَّسب، وإن كان لا ينزل لعارض.

❊ ❊ ❊

[1] في حاشية «أ» (ليولد).

فَصْل الشَّرط

قال علماؤنا ـ رحمهم الله ـ: إمكان الوطء ليس بشرط[١].

وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ: شرط(٢)

فقال: لا يثبت نسب ولد المنكوحة، ولا أم الولد، إذا غاب غيبةً ظاهرةً يعلم[٣] يقينا بعدم الوطء منه.

وعندنا: يثبت، حتىٰ لو قال لامرأة: «إن تزوجتك فأنت طالق ثلاثا» فتزوجها[٤] فجاءت بولدٍ لستَّة أشهر ثبت النَّسب.

وجه ما ذهب إليه الخصم ظاهر، فإن أصل النَّسب بالماء علىٰ ما ذكرنا.

ألا ترىٰ أن امرأة الصبي إذا جاءت بولد لم يثبت النَّسب ليقيننا بعدم الماء من الرَّجل، وهذا اليقين كما يثبت بصبا الزَّوج، كذا يثبت بغيبته غيبة ظاهرة بعيدة، أو بتزوجه امرأة في بلدة بعيدة بينهما مسيرة سنة، فجاءت بولد لستَّة أشهر.

وكذلك بمسألة الطَّلاق إذا علِّق بالنِّكاح فإنها تطلق كما تزوجها من غير توهم وطء[٥] في النِّكاح بينهما. وكذلك النَّسب ينتفي باللعان الذي هو دليلٌ علىٰ

---

[١] في حاشية «أ» (مطلب: قال علماؤنا: إمكان الوطء ليس بشرط).

(٢) انظر: «الحاوي الكبير» (١١/١٦٠)، و«المهذب» للشيرازي (٣/٧٩)، و«الوسيط في المذهب» للغزالي (٧/٤٥٤).

[٣] في حاشية «أ» (ويعلم).

[٤] «ن»، «أ» (فزوجها).

[٥] «أ» «ن» (وظن)، والمثبت من «ص».

صدق مقالته، وانخلاق[١] الولد لا من مائه، لا[٢] أنه يوجب قطعًا بعد الثُّبوت، فإنه لو أقرَّ به، ثمَّ نفىٰ، لم يقدر[٣] علىٰ قطعه.

إلا أن الشَّرع علَّق ثبوت النَّسب بعد الانخلاق من مائه بالفراش حتىٰ لا يثبت بالزنا، وأسقط معرفة حقيقة الانخلاق من مائه[٤]؛ لأنَّه أمرٌ قلَّ ما يوقف، فالمرأة تخون من حيث لا يشعر به الزَّوج، وبني[٥] الأمر علىٰ ظاهر الحال، وإنَّما يمكن الإضافة ظاهرًا إلىٰ الزَّوج عند إمكان الوطء، وكونه من أهل الماء، فأما إذا علم يقينا أنه ليس منه بصبا الزَّوج، أو بعد المسافة بينهما في مدَّة النِّكاح، لم يثبت بالفراش وحده، فإنه علَّة لثبوت نسب ولد خلق من مائه[٦].

ولأنَّه كما يجب صيانة الولد عن الضياع، فكذا يجب صيانة الرَّجل عن لحوق غيره[٧] به، فيصين[٨] الرَّجل عنه إذا تيقن بعدم مائه، وصين[٩] الولد عن الضياع حال الاشتباه، فأثبت النَّسب بظاهر الأمر، لكون حقيقة العلوق من مائه أمرًا مشتبهًا لا يوقف علىٰ حقيقته في الأصل[١٠].

---

[١] «ص» (والخلاف).

[٢] «ص» (إلا).

[٣] «أ» (يقدره)، «ن» (يقدر به)، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (إلا أن الشرع أثبت النسب بالفراش عند إمكان الوطء، وإن عدم الوطء؛ لأن الوطء مما يخفىٰ عنا، ويتعذر وقوف الحكم عليه، فلو علق به لعذر به كل سفيه لا يريد الولد علىٰ نفي النسب فكان يضيع النسب، فأقيم النكاح الذي هو سبب للماء مقامه...).

[٥] «أ» (وبين)، والمثبت من «ن».

[٦] في حاشية «أ» (حقيقة أو ظاهرا لا لما علم أنه ليس من مائه).

[٧] في حاشية «أ» (الولد).

[٨] «ن» (فصبي).

[٩] «أ» «ن» (وصبي)، والمثبت من «ص».

[١٠] «ص» (الأهل).

ولأن اللعان لما قطع النَّسب ؛ لأنَّه دليل ظاهر على أنه لم يكن من مائه ، وأنه من زنا ، وإن لم يثبت حقيقة[١] لاحتمال كلام الرَّجل الكذب ، فالغيبة التي هي دليل يقينا على الزنا أَوْلى .

ولعلمائنا[٢]: أن أصل النَّسب بالماء على ما ذكرنا[٣] ، إلا أنه لما كان أمرا باطنا أقيم الوطء مقامه والوطء باطن عن غيرهما ، والنَّسب باب محترمٌ محفوظٌ ، به تقوم المصالح بين النَّاس ، فأقيم ملك النِّكاح ـ الذي هو ظاهر ، وشرع بسبب لا يثبت إلا بشهود ـ مقام الوطء ليكون محفوظا بالإمام ، وبما يظهر للناس غيرهما ، وهو سبب الوطء [لا][٤] ما تكسب الآلة .

وسبب العلَّة متى قام مقامها لدليلٍ سقط اعتبار العلَّة وجودًا وعدمًا ، وبقيت العبرة للسبب .

كالسفر لما أقيم مقام المشقَّة لإثبات الرخص سقط حقيقة المشقَّة .

والبلوغ لما قام مقام اعتدال العقول في إجراء حقيقة الخطاب سقط اعتبار حقيقة الاعتدال[٥] [وهذا كما في الاستبراء أنه يجب باستحداث ملك الوطء][٦]

[١] «ص» (حقيقته).

[٢] «ص» (ولنا).

[٣] «ص» (ولهذا لا يثبت النسب من الصبي ؛ لأنه ليس بأهل للماء ، فلم يكن أهلا للنسب ، فلم يثبت منه ، فالأهلية لاستلحاق النسب بالماء كالأهلية لملك اليمين بالحرية ، والمرأة محل الحرمة والفراش علة الثبوت شرعا كالحرية وكالبيع بعد وجود الحرية المشتري ، والبيع علة ثبوت الملك له...).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من حاشية «أ» .

[٥] في حاشية «أ» زيادة (ودار الحكم مع البلوغ عن أصل العقل ولما قام النكاح مقام الوطء والماء ، سقط اعتبار حقيقة الوطء وإمكانه ، وهذا كما قيل في الاستبراء أنه يجب باستحداث ملك الوطء).

[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» .

بملك اليمين، لا عبرة للماء فيه، وإن وجب في الأصل صيانة لماء البائع عن الاختلاط بماء المشتري.

لأنا لو بنينا الأمر على الماء حقيقة ـ وإنه أمر باطن ـ لتعذر أو لم يمكن، فبني على السَّبب الموجب للخلط، وهو حل الوطء بنفس التملُّك.

لأن الشَّرع أباح تملك الإماء مع وطء البائع، فلو أحل الوطء للمشتري بنفس الملك ـ كما في النِّكاح ـ لاختلطت المياه المحترمة، فحرم إلا باستبراءٍ صيانةً عن الخلط، وأقام سبب الخلط ـ وهو ملك المتملك ـ مقام العلَّة؛ لأنَّه سبب ظاهر، فوجب الاستبراء بهذا السَّبب[١]، وإن تيقن بعدم الماء، نحو أن يكون البائع امرأةً، أو صبيًّا أو كانت الأمة بكرًا.

وكذلك حرمة المصاهرة أصلها الماء، وأقيم النِّكاح بلا ماء مقامها؛ لأنَّه سببه[٢].

---

[١] «ص» (النسب).

[٢] «ص» زيادة (وثبتت الحرمة وإن كان الزوج صبيا؛ لأنا نحتاج إلى مائه ليصير من أهل حرمة أمهاتها عليه، وأهلية الحرمة تثبت لكونه من جنس المخاطبين، وذلك يتعلق بأصل الفطرة عندنا على ما عرف في موضعه، فساوى الصبي البالغ، وههنا لابد من أهل الماء ليصير من أهل أن يكون له ولد، وكلامنا في إقامة السبب مقام العلة عند التعذر لإثبات حكم العلة في حق من هو أهل لذلك الحكم.

فأما قوله: «فكما يصان النسب عن الضياع يصان الرجل عن إلحاق نسب غيره» فنعم، والشرع علق ذلك بالنفي واللعان في النكاح، وفي ملك اليمين بالنفي على ما قلنا، والصلاح فيما بين الشرع وأثبته، فما قاله الخصم أقرب إلى القياس العقلي، وهذا الذي قلناه أقرب إلى الشرعي، والعقل مردود بالشرع فيما يجوز. والله أعلم).

|١١٣٠| **مسألةٌ**: إذا غاب الرَّجل عن امرأته، فنُعي[١] إلىٰ امرأته، فتزوجت، فولدت منه= كان الولد للأول عند أبي حنيفة ـ ﷺ ـ.

وقالوا جميعًا: هو للآخر.

لأن عبيد الله بن الحر التحق[٢] بمعاوية[٣]، فتزوجت امرأته بآخر، فولدت، ثمَّ جاء عبيد الله فخاصم إلىٰ علي، فقضىٰ بالمرأة [له][٤]، وبالأولاد للثاني(٥).

ولأن الفراش يثبت بالنِّكاح الفاسد مع الوطء كما يثبت بالصَّحيح، فاستويا، وترجح الحاضر بالماء، فالأصل للماء علىٰ ما مرَّ، وبأن[٦] سقط اعتباره علَّة شرعًا فلا يدل علىٰ سقوطه ترجيحًا.

---

[١] «ن» (فبقي).

[٢] «ص» (بن الجني ألحق).

[٣] «أ» (بمعونه)، والمثبت من «ن» وحاشية «أ».

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن».

(٥) رواه عبد الرزاق (١٠٦٢٦)، وسعيد بن منصور في «سننه» (١/١٧٩، رقم: ٥٤٨)، والبيهقي في «السنن الكبير» (١٥٣٧٧)، وفي «معرفة السنن والآثار» (١١/١٧٧، رقم: ١٥١٧٠)، ولفظ سعيد بن منصور: «أن عبيد الله بن الحر تزوج جارية من قومه، يقال لها الدرداء، زوجها إياه أبوها، فانطلق عبيد الله فلحق بمعاوية فأطال الغيبة عن أهله، ومات أبو الجارية، فزوجها أهلها من رجل منهم يقال له عكرمة، فبلغ ذلك عبيد الله فقدم، فخاصمهم إلىٰ علي، فلما دخل علىٰ علي قال له: لحقت بعدونا وظاهرت علينا، وفعلت وفعلت. فقال: أو يمنعني ذلك عندك من عدلك؟ قال: لا. فقصوا عليه قصتهم، فرد عليه المرأة، وكانت حاملا من عكرمة، فوضعها علىٰ يدي عدل، فقالت المرأة لعلي: أنا أحق بمالي أو عبيد الله؟ قال: بل أنت أحق بذلك. قالت: فاشهدوا أن كل ما كان لي علىٰ عكرمة من شيء من صداق فهو له. فلما وضعت ما في بطنها ردها علي علىٰ عبيد الله بن الحر، وألحق الولد بأبيه».

[٦] «أ» «ن» (وهو أن)، والمثبت من «ص».

ولأبي حنيفة - رحمه الله -: أن الماء لما سقط اعتباره على ما مرَّ صار الغائب والحاضر سواءً، ولو كانا حاضريْن جميعًا - والمسألة بحالها - كان الفراش الصَّحيح أوْلى من الفاسد، فكذا هذا.

وأما حديث عبيد الله بن الحر فيحتمل أن النّكاح ثبت بتصادقهم، لا بالبيِّنة، فلم يصدّقوا على الولد.

وذكر أبو طاهر الدباس أن هذا الاختلاف فيما يتوهم وطء[1] الغائب بأن كان غائبًا بالاختفاء، لا بالاغتراب، فإذا[2] لم يتوهَّم فالنَّسب للحاضر بلا خلاف، والله أعلم.

|١١٣١| مسألةٌ: قال أبو يوسف - رحمه الله - لا يثبت النَّسب من الحاضر [إلا][3] إذا ولدت لأكثر من سنتين من وطء الثَّاني.

وقال محمد - رحمه الله -: يثبت منه إذا ولدت لستَّة أشهر من وطئه.

لأن الفاسد ملحق بالصَّحيح بعد الوطء.

إلا أنه[4] يقول: ملحق به إذا انفرد، فأما أن يقال يسوّى[5] بالصَّحيح فلا، بل هو دونه، إلا إذا انقطع الوهم من الماء الصَّحيح، فيترجَّح الفاسد بالماء، والانقطاع بسنتين.

---

[1] «ن» (وظن).
[2] في حاشية «أ» (كان). وفي «ص» (فأما إذا).
[3] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».
[4] في حاشية «أ» (أن أبا يوسف).
[5] «أ» (سوي). «ص» (فأما إذا تساوى فلا). والمثبت من «ن».

وذكر عبد الكريم الجرجاني أن أبا حنيفة - رحمه الله - رجع إلىٰ قول أبي يوسف.

|١١٣٢| مسألةٌ: إذا باع أمةً فولدت لأقلَّ من ستَّة أشهر، فادَّعاه البائع= صحَّ، وانتقض البيع.

وقال زفر: لا يصح.

وكذلك إذا باع ثمَّ اشترىٰ.

لأن شرط صحَّة الدِّعوة قيام ملكه من حين العلوق إلىٰ حين الدِّعوة؛ لأن الثُّبوت بالدِّعوة، فكان تصرّفا منه فيها بغير حكم الملك فيها[١]، فلا ينفذ[٢] إلا بالملك كسائر التَّصرُّفات المختصة بالملك.

وكما إذا ولدت لأكثر من ستَّة أشهر.

وكما لو أعتق المشتري الولد، ثمَّ ادعاه البائع، لم يصحَّ.

ولأن الدِّعوة قبل البيع كانت تصحُّ من المولىٰ ومن أبيه، وبالبيع انقطعت دِعوة الأب، فكذلك دعوة البائع، استدلالًا بها لتساويهما[٣] صحَّةً بذلك[٤] الملك الثَّابت قبل البيع.

ولنا: أن الشَّرط لثبوت النَّسب قيام الملك عند العلوق؛ لأن النَّسب ثبت من حين العلوق، فشرط ثبوت الفراش يعتبر حينئذٍ، ثمَّ بعد ذلك بقاءٌ، والملك

[١] «ص» (فيه).

[٢] في حاشية «أ» (ينعقد).

[٣] «أ» «ن» (لمساواتها). وفي حاشية «أ» (لمساواتهما). والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (فكذا).

ليس بشرط للبقاء، وهذا لا إشكال فيه، وإنَّما الإشكال في ولاية الدِّعوة.

فنقول: إن العلوق لما تبيَّن أنه كان في ملك البائع تبيَّن أنه ثبت له بذلك العلوق حق استلحاق نسبه[١] بالدِّعوة، وثبت للولد حقُّ ثبوت النَّسب منه إذا ادّعي، وذلك حقٌّ لا يحتمل النقض بعد ثبوته، فلم يبطل بالملك الذي ثبت للمشتري، لأنَّه مما يحتمل النقض، ولأن[٢] حرمة النَّسب فوق حرمة ملك اليمين الذي هو للبذلة[٣].

بخلاف ما إذا أعتقه المشتري؛ لأنَّه ثبت للمشتري حقيقة الولاء، وإنه بمنزلة النَّسب لا يحتمل النقض، فترجح على حق إثبات النَّسب؛ لأن الثَّابت[٤] فوق حقِّ الثُّبوت.

وبخلاف ما إذا ولدت لأكثر من ستَّة أشهر؛ لأن ملك المشتري ثابتٌ، وذلك الحقُّ يحتمل أن يكون عنده[٥]، وبالاحتمال لا يثبت، فبقي الملك بلا معارضة.

وبخلاف الأب؛ لأن الأب لا تصحُّ دعوته إلا بشرط التملُّك أوَّلًا، وله ولاية التملُّك على ابنه عند الحاجة إليه، والولد من جملة حوائجه على ما عرف.

فتبيَّن[٦] بالولد لأقلَّ من ستَّة أشهر أنه كان له ولاية التملُّك عليه بسبب

---

[١] «أ» «ن» (نسبة)، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» (لأن) بلا واو، والمثبت من حاشيتها.

[٣] «أ» (للبدل)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «أ» (للثابت).

[٥] «ص» (عبده).

[٦] «ن» (فتبين به).

الولد، وقد ثبت للمشتري حقيقة الملك فكان أَوْلىٰ من حقِّ التملُّك، كحقيقة الولاء مع حقِّ إثبات النَّسب.

علىٰ أن استدلالهم فاسد[١]؛ لأنَّه لا يصحُّ إلا بعد ثبوت المساواة، ولا مساواة؛ فإن الأب والابن إذا ادَّعيا معا قبل البيع كانت دعوىٰ الابن أَوْلىٰ.

|١١٣٣| مسألةٌ: إذا ولدت أمة الرَّجل توأما، فباع الأم مع أحد الولدين، ثمَّ [إنه][٢] ادَّعىٰ الولد الذي عنده= صحت الدِّعوة في الولدين جميعًا، وانتقض البيع في الأم والولد، وإن كان المشتري أعتقها بطل عتق الولد دون الأم، وبقيت الأم بحصتها من الثَّمن مولاة للمشتري.

وقال الشافعي - ﷺ -: لا تصح دعوته[٣] فيما خرج عن ملكه(٤).

لما ذكرنا أن قيام الملك عند الدِّعوة شرط لصحَّة الدِّعوة علىٰ أصله.

ولأنا أجمعنا أن عتاق الولد في المسألة الأولىٰ يمنع صحَّة الدِّعوة في حقِّه، فكذلك في هذه المسألة.

ولأنَّه منع في حقِّ الأم، فكذا في حقِّ الولد.

ولنا: أن الدِّعوة صحيحةٌ في حقِّ الولد الذي لم يبع لقيام الشَّرط، فصار

---

[١] «ص» (باطل).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «أ» (دعوة)، والمثبت من «ن» و«ص».

(٤) عند الشافعية لو باع الرجل جارية لم يقر بوطئها، فظهر بها حمل وادعاه، وكذبه المشتري، فالقول قول المشتري بيمينه أنه لا يعلمه منه، ولا عبرة بدعوىٰ البائع. انظر: «أسنىٰ المطالب في شرح روض الطالب» (٤١١/٣).

حرَّ[١] الأصل ومن ضرورة كونه حرَّ[٢] الأصل كينونة الآخر بمنزلته ؛ لأنهما توأم علِقا[٣] من ماء واحدٍ ، فلا يتصوَّر اختلافهما في صفة الحرِّيَّة والرِّقِّ ، فثبت ؛ لأن الشَّيء إذا ثبت ثبت بما لا يتصوَّر الانفصال عنه[٤].

ثم الأم إن كانت مملوكة عند المشتري نقض البيع فيها ؛ لأنَّه تبيَّن أنه كان للمشتري فيها حقُّ إثبات حرمة الاستيلاد بدِعوة الولد ، فلا يبطل بملك[٥] المشتري ، لما مر أن الملك يحتمل النقض ، وذلك الحق لا يحتمل ، وإن كانت معتقة فالعتاق أوْلىٰ من حقِّ العتاق علىٰ ما مرَّ.

وليست [الأم ممن][٦] يثبت الحقُّ لها ضرورة حرِّيَّة الولد ؛ لأن حرمة الاستيلاد للأم مما ينفصل عن علوق الولد حرًّا ، كما فيمن[٧] استولد جارية يملكها ، ثمَّ استحقَّت كان الولد حرًّا ، والأم مملوكة تباع.

فلما انفصلت عن الولد[٨] ، ووجب اعتبار حالها بنفسها أشبهت الولد في المسألة الأولىٰ ، والله أعلم.

---

[١] «أ» (جزء).

[٢] «أ» «ن» (جزء) ، والمثبت من «ص».

[٣] «ن» (خلقا).

[٤] «ص» (منه).

[٥] «أ» «ن» (ملك) ، والمثبت من «ص».

[٦] ما بين [ ] ليس في «ن». وفي «ص» (وليست ممن).

[٧] في «ص» وحاشية «أ» (فإن من).

[٨] «ص» (الأم).

|١١٣٤| **مسألةٌ:** [الأب][١] إذا استولد جارية ابنه لم يغرم العُقر(٢) **عندنا**.

وقال زفر والشافعي - رحمهما الله -: يغرم(٣).

لأنَّه وجد منه سبب ضمان وطء جارية الابن، وتملكها عليه، والتملُّك ما شرع إلا بالقيمة بالإجماع، فبقي العُقر بسبب الوطء، كما لو انفرد عن الاستيلاد والتملُّك.

وهذا كرجل استولد جاريةً بينه وبين شريكه، فإنه يغرم نصف العُقر ونصف القيمة، لوجود تملك النِّصف، ووطئه قبل الملك.

وكذلك الرَّجل يستولد جارية عبده المأذون المديون.

أو الوارث يستولد أمة الميت، وعليه دينٌ مستغرقٌ.

إلا أنا نقول: إن سبب الضَّمان واحد وهو الوطء، فإنه وإن امتدَّ ففعلٌ واحدٌ، والامتداد دوام وليس بوطء، فإنه اسم لإدخال الآلة ذلك العضو، والدوام عليه لا يكون دخولا.

ولهذا قلنا: إذا حلف لا يجامع فلانةً وهو مخالطها فدام عليه لم يحنث.

وإذا أصبح مخالطا لأهله وهو صائم في رمضان لا كفارة عليه؛ لأن الدوام

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

(٢) العقر للأمة بمنزلة مهر المثل للحرة في النكاح الفاسد. انظر: «الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي» (ص: ٢٠٣). وفي «طلبة الطلبة» (ص: ٤٥): «العقر مهر المرأة إذا وطئت عن شبهة... سمي العقر عقرا؛ لأنه يجب على الواطئ بعقره إياها بإزالة بكارتها أي بجرحه...».

(٣) انظر: «الأم» للشافعي (٦/ ٢٧٠).

ليس بجماع، والعلوق بعده ليس بصنيعه[١]، وكذلك الإنزال؛ لأنَّه شيء يبعثه الطبع، إنَّما فعْله في مباشرة سبب النزول[٢] والعلوق، وكذلك إدخال الآلة الفرج.

وإنَّما سمي جماعا إذا لم يكن منه ولد، واستيلاد إذا علقت منه، وهذا جماع كان منه الولد، فكان استيلادًا، وقد صحَّ من الأب بالإجماع، ومن شرط صحَّته الملك، فثبت الملك أوّلا، ثمَّ الوطء اعتبارًا، وإن ثبت الملك بالاستيلاد؛ لأن الشروط تراعى مقارنةً[٣].

ومثاله: من قال لآخر: «أعتق عبدك عني[٤]». فقال: «أعتقت». ثبت الملك بالإعتاق. وثبت قبله؛ لأنَّه شرطه، ولزمه ضمان الملك[٥]، لا ضمان الإعتاق؛ لأنَّه أعتق ملك نفسه، فكذا ههنا يلزمه بهذا الاستيلاد ضمان التملُّك، لا ضمان الوطء؛ لأنَّه وطء ملك نفسه.

بخلاف استيلاد جارية مشتركة؛ لأنَّه صحَّ بالملك القائم في النِّصف، ثمَّ ملك النِّصف بحكم [صحَّة][٦] الاستيلاد؛ لأنَّه يثبت شائعًا لحلول حكمه بكلها[٧]، فلا يختص بالبعض ما أمكن التعميم، فثبت الملك بالاستيلاد حكمًا له، لا شرطًا، فبقي الوطء في ملك الغير.

[١] «أ» (بصنيعة)، «ص» (بصنعة)، والمثبت من «ن».

[٢] «أ» و«ن» (الزوال)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٣] «ص» (لأن الشرط يراعي مقارنته).

[٤] «ص» زيادة (على ألف درهم).

[٥] «ص» (التملك).

[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٧] «ص» (كلها).

وكذلك المولىٰ إذا استولد أمة عبده المأذون المديون ؛ لأن الاستيلاد يصحُّ بحقِّ الملك قبل التملُّك ، أو بحقيقة الملك ، فإنه إلىٰ المولىٰ أقرب من ملك المكاتب ، واستيلاد المولىٰ أمة مكاتبه[١] يصحُّ ، ويضمن العُقر ، فكذلك ههنا.

ولما صحَّ الاستيلاد من غير تبدُّل حالٍ ضمن العُقر ، كوطء بلا ولدٍ ، وكقطع يدها ، ثمَّ الولد أوجب انقطاع الأمة عن حقِّ الغرماء ، فضمن القيمة ، كما لو أتلفها ، فكان صفاؤها له عن حق الغريم حكمًا للاستيلاد ، لا شرطًا.

وكذلك الوارث ؛ لأنَّه ينزل من الميت في تركته منزلة الولي من عبده ، وعليه دينٌ مستغرقٌ علىٰ أصل أبي حنيفة - ﷺ - حذو القذة بالقذة.

وقد طعن عيسىٰ في هذه المسألة ، وأبىٰ أن يجب[٢] به العُقر.

❊ فإن قيل – وهو شبهة المسألة –: إن الملك في مسألتنا حكم الاستيلاد ، لا شرطه ، كما في هذه المسائل.

❁ قلنا: هذا لا يستقيم من زفر ؛ لأنَّه معنا في صحَّة نكاح الرَّجل أمة ولده ، ولو كان له فيها حقُّ ملكٍ لمنع الصِّحَّة ، كما في نكاح المولىٰ أمة مكاتبه ، وصحَّة الاستيلاد تفتقر إلىٰ الملك ، أو حقِّ الملك ، أو التأويل بسببٍ صحيحٍ ، كمن زفَّت إليه غير امرأته فيطؤها ، فتلد ، فإن النَّسب[٣] يثبت بالتأويل ، ولا تأويل في مسألتنا ، فقد عرف الأب أنه[٤] حرامٌ عليه ، ولم يشتبه فبقي العبرة لما في المحلِّ

---

[١] «أ» «ن» «ص» (مكاتبة). والمثبت أصح.

[٢] «ص» (ولنا أن نوجب).

[٣] «ص» (السبب).

[٤] «ص» (أنها).

من ملكٍ أو حقٍّ، وصحَّة نكاحه إياها يدلُّ علىٰ انعدام الأمرين جميعًا.

وأما من الشافعي فيصير بناءً علىٰ[١] تلك المسألة، فإن المذهب عنده أن نكاح أمة الولد لا يصحُّ لحقِّ ملكه فيها، كما في ملك المكاتب، وتلك المسألة مرت في كتاب النِّكاح.

ولأنَّه متىٰ لزمنا حق للأب يصحُّ به الاستيلاد وجب العُقر والقيمة، فيرتفع الخلاف، وإنَّما يصير هذا خلافًا مبتدأً إذا سُلِّم لنا عدم شرط الاستيلاد ثمَّ خالفونا[٢] في إثباته متقدِّمًا علىٰ الوطء كلِّه، وقالوا[٣]: التقديم علىٰ العلوق يكفي، أو الإيلاجة الأخيرة التي كان منها الماء[٤].

❁ **فإن قيل**: لما وجب تقديم الملك لثبوت النَّسب ـ وذلك حال العلوق، أو وقوع الماء في الرحم ـ اكتفي بالتقديم علىٰ آخر الإيلاجات، كالإيلاجات إذا تفرقت بالخروج عن المحلِّ ثمَّ الدخول.

❁ **قلنا**: لما أضيف الولد إلىٰ السَّبب وهو الأب[٥] أضيف إليه لفعله، وما هو إلا الجماع علىٰ ما مرَّ، وإنه فعلٌ واحد كالدخول والمكث بعده في الدَّار، فإنه لا يكون دخلات.

والملك شُرط لصحَّة كسبه إثبات النَّسب للولد، فيجب التقديم علىٰ الفعل، وإنه واحد لا يمكن تفريقه، وهو إدخال الآلة الفرج.

---

[١] «أ» «ن» (عن)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (خالفنا).

[٣] «ص» (وقال).

[٤] «ص» (أو للإباحة الآخرة التي عنها كان الماء).

[٥] «ص» (إلىٰ كسب الأب).

❁ **فإن قيل:** إنا نجعل سبب الولد حركةً منزِلة[١]، ومن حيث الحركة[٢] كانت حركات تقبل التفرُّق[٣].

❁ **قلنا:** نعم. الحركات ما لم تجتمع لم تصر سببًا للنزول، وكذلك[٤] إذا اجتمعت كانت علّةً واحدةً، لا عللًا مختلفةً. كالشّاهد ينضمُّ إلىٰ الشّاهد. وشطر بيعٍ ينضمُّ إلىٰ مثله.

وجروح[٥] تتَّصل بالموت يكون فعلًا[٦] واحدا، لا يبقىٰ لأول الجرح حكم[٧] علىٰ حدةٍ سوىٰ ضمان القتل، ولا يكون كما لو جرح فبرأ منه، ثمَّ جرح.

وإذا كان كذلك صارت الحركات ـ وإن سلمنا افتراق بعضها عن بعض ـ علةً واحدة.

والملك شرط في المحلِّ لتعمل العلّة عملها، فيشترط لأوّل الأجزاء، كما يشترط لآخرها، كالبيع تمامه بالشطر الثّاني، والمالية[٨] في المبيع، وملك البائع، يشترط لانعقاد أوّله علىٰ [حسب][٩] ما يشترط لتمامه.

وكذلك شروط وجوب القصاص تشترط لأول الجرح، كما يشترط لآخره

[١] «ص» (منزله).
[٢] «ص» (الحركات).
[٣] «ن» «ص» (التفريق).
[٤] في حاشية «أ» (ولكن).
[٥] «ن»، «أ» (وخروج).
[٦] «أ» «ن» (قتلا)، والمثبت من «ص».
[٧] «ص» (لا تبعا للأول بالخروج حكما).
[٨] «ص» (والمال).
[٩] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

الذي يتَّصل بالموت.

بخلاف ما إذا أولج، ثمَّ أخرج، ثمَّ أولج؛ لأنهما صارا وطأين، وخرج الأوَّل بالخروج من غير ماءٍ مِن حدٍّ أن يضاف الولد إليه، وكان بمنزلة ما لو جرح فبرأ، ثمَّ جرح فمات؛ فإنه يضمن القصاص وأرش الجرح.

فهذه شبهة المسألة متىٰ جُعلت مبتدأة.

|١١٣٥| **مسألةٌ**: مكاتبة بين اثنين استولدها أحدهما لم يملك نصيب الآخر عند أبي حنيفة - رحمه الله -.

وقالا: يملك.

لأن الكتابة مما يحتمل النقض فلا تمنع الملك[١] بالاستيلاد، كالرَّهن، وبيع النِّصف، والإجارة، فإنها تبطل بالاستيلاد، ولا تبطل بسائر التَّصرُّفات[٢] إلا برضاهم كالكتابة سواء.

وهذا لأن الكتابة عقد علىٰ العتاق في الثَّاني، وفي الحال فكٌّ عن حجر الرِّقِّ في حقِّ اليد من غير ثبوت حقِّ عتق للعبد، علىٰ ما بيَّنَّا في [في كتاب الأيمان في مسألة][٣] إعتاق المكاتب عن الكفارة، وفي الاستيلاد[٤] إثبات حق العتق.

والاستيلاد يوجب عموم حكمه؛ فإما أن يمنع حكم الاستيلاد بالكتابة أو

[١] في حاشية «أ» (التملك). وفي «ص» (التمليك).

[٢] «ص» (تصرفات الملك).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (حق الاستيلاد).

ينقض[١] الكتابة بالاستيلاد، فكان نقض الكتابة أهون؛ لأن حق العتق فوق الكتابة.

ولأن حق العتق بالاستيلاد لا يحتمل التجزي بالتراضي، والكتابة تنتقض بالتراضي، فكان انتقاض هذه أهون من تجزي الاستيلاد.

بخلاف ما إذا كانت مدبرة بينهما، فإن [نصيب][٢] شريكه لا يصير أم ولد له؛ لأن التدبير يوجب حق عتق للمدبَّر، لا يحتمل النقض، فلم يمكنه نقضه.

ولأنَّه مثل الاستيلاد، والثَّابت لا يرتفع بمثله معارضًا، وسبيله سبيل أمة حبلت في ملك رجل، فباعها، فولدت لأقلّ من ستَّة أشهر= لم يبطل حق دِعوة البائع بملك المشتري؛ لأنَّه دون حقِّ النَّسب.

ولو أعتقه المشتري أو دبَّره بطلت دِعوة البائع؛ ذلك لأن الثَّابت مثل حقِّ النَّسب على ما مرَّ.

ولا معنى لقولكم: إن الكتابة لا تتجزأ على أصلنا ثبوتًا، فلا تتجزأ ارتفاعًا.

لأن الكتابة عندنا مثل الاستيلاد على قول الكلِّ، فإذا اجتمعا غلب ما يحتمل البعض ما لا يحتمل؛ إذ لابدَّ من ترجيح أحدهما على الآخر ضرورةً، والشَّيء قد يثبت ضرورةً لغيره ما لا يثبت بنفسه[٣] قصدا.

فإن الأمة إذا ولدت توأمًا، فباع أحد الولدين، فأعتقه المشتري، ثمَّ ادَّعى

---

[١] «ص» (ببعض).
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».
[٣] «ص» (لنفسه).

الآخر التوأم [الذي][١] عنده[٢] = صحَّ فيهما، وبطل عتق المشتري، ولو لم يكن عنده ولد وادَّعىٰ الذي باع بعد العتق فسد.

ولأبي حنيفة أن المكاتب لا يملك سائر أسباب الملك مكاتبا كذلك[٣]، حتىٰ لم يملك بالإرث، فكذا بهذا السَّبب[٤]؛ لأنَّه أحد أسباب الملك.

ألا ترىٰ أن المدبرة[٥] لما لم تملك بسائر أسباب الملك لم تملك أيضا بالاستيلاد إذا كانت بينهما.

وهذا لأن المكاتب بالكتابة يصير بمنزلة الحرِّ يدًا، ولابدَّ من اليد لصحَّة التمليك والتملُّك، فأشبه المدبر الذي فيه مانعٌ، إلا أن ذلك لا يحتمل الفسخ، وهذا يحتمله إذا رضي المكاتب، ولم يوجد الرضىٰ في مسألتنا هذه.

بخلاف الرَّهن والبيع؛ لأن الرَّهن[٦] يحتمل التمليك بإذن المرتهن، وكذلك المبيع[٧]، والمكاتب لا يحتمل، ومتىٰ رضي انفسخت الكتابة، ثمَّ جاز البيع.

ولا يلزم المرتد إذا ارتدَّ، ولحق بدار الحرب، فكاتب الوارث عبدًا له، ثمَّ عاد الأوَّل تائبا، فإنه يردُّ إليه مكاتبًا.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» و«ص»، والمثبت من حاشية «أ».

[٢] «ص» (عبده).

[٣] «ص» (لذلك).

[٤] «ص» (النسب).

[٥] «ص» (المدبر).

[٦] في «ص» وحاشية «أ» (المرهون).

[٧] «ص» (البيع).

لأن الوارث فيما مضىٰ يصير وكيله فيما تصرّف في أملاكه، ولا يثبت الملك للتائب[١] من جهة الوارث، بل يعود إليه قديم ما كان، كأنه لم يخرج.

وكان كالمكاتب يكاتب عبدا، ثمَّ يعجز الأوَّل، فإن الثَّاني يصير للمولىٰ، لا من جهته بالعجز؛ بل لأنَّه يصير كعبد مأذون فيما مضىٰ، وكان المولىٰ أذن له في أن يكاتب عبدا من كسوبه[٢].

إلا أنهما يقولان: عندنا لا يملك المكاتب، بل يبطل في النِّصف بالاستيلاد الذي[٣] لا يحتمل الرفع، بل[٤] تعود الكتابة في الكل، بحكم أنه لا يتجزأ علىٰ أصلهما.

وليس فيما أن الكتابة[٥] لا تحتمل الفسخ بغير رضىٰ المكاتب قصدًا لا تحتمل بحقِّ الاستيلاد، والنَّسب الذي هو فوقه[٦] كملك المشتري في مسألة دِعوة الولد.

وكذلك فسخ النِّصف[٧] لا يتصوَّر **عندهما** قصدًا، ولكن ضرورةً لغيره جاز أن يستقيم علىٰ ما مرَّ[٨].

ولأبي حنيفة - رحمه الله - أصلٌ آخر في التَّرجيح فيقول: إن الضَّرر مدفوعٌ في

---

[١] «ن» (للثابت). «ص» (الثابت).

[٢] «ص» (كسوته).

[٣] «أ» «ن» (التي)، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (ثم).

[٥] «ص» (المكاتبة).

[٦] «ص» (فرقه).

[٧] في حاشية «أ» (نصف الكتابة). وليست في «ص».

[٨] «ص» زيادة (والله سبحانه أعلم. مسألة:...).

الإسلام، ولو جزَّيت[١] الاستيلاد أخللتَ بحقِّ[٢] المستولد[٣]، ولو عممتَ أخللتَ بحقِّ المكاتب[٤].

لأنَّها متىٰ بطلت في النِّصف ليملك المستولد[٥] لم يعد عندي؛ لأنَّها لا تتجزأ، وحقُّ المكاتب كان يفوت بلا بدلٍ، وحقُّ المستولد في التملُّك إن فات فات بعوضٍ؛ لأنَّه ما كان يملك إلا بقيمة، وتبقىٰ تلك القيمة في ملكه، والله أعلم.

|١١٣٦| **مسألةٌ**: إذا اشترىٰ [الرجل][٦] امرأته، ثمَّ أعتقها، ثمَّ جاءت بولد لستَّة أشهر من يوم الشِّراء أو لأقلَّ من سنتين، وكان دخل بها= لم يثبت النَّسب إلا بدِعوة.

وكذلك إذا اشتراها ثمَّ باعها ـ والمسألة بحالها ـ لم يثبت النَّسب إلا بتصديق المشتري.

كما لو لم تكن منكوحة في الفصلين[٧] جميعًا، وهو آخر قول أبي يوسف.

وقال محمد: في الفصل الأوَّل يثبت من غير دِعوة، وفي الثَّاني يثبت إذا ادُّعي بلا تصديق المشتري.

---

[١] لم تضبط في «ن».
[٢] «أ» (لحق) في هذا الموضع والذي بعده، والمثبت من «ن» و«ص».
[٣] «ص» (المشتري).
[٤] «ص» زيادة (كان يفوت).
[٥] «ص» (في النصف التملك).
[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٧] «ص» (المسألتين).

لأن الأصل أن المعتدَّة إذا جاءت بولد، والوطء حلالٌ كان من أقرب ما يمكن، وإذا كان حراما كان من أبعد ما يمكن صيانةً للولد عن الضياع.

ألا ترىٰ أن المعتدَّة عن طلاق رجعي إذا جاءت بولد لستَّة أشهر جُعل رجعة[١] ووطئا بعد الطَّلاق؛ لأن الوطء حلالٌ، وإن كانت تعتدُّ عن طلاقٍ بائنٍ جُعل من أبعد ما يمكن.

وإذا كانت مطلقة قبل الدخول بها لم يثبت النَّسب، ولم يجعل من أبعد ما يمكن؛ لأنَّها غير معتدَّة، فيمكن جعل الولد لرِشدةٍ من غير حملٍ علىٰ النِّكاح الأوَّل بنكاح لم يعرفه، ولما أمكن إثبات[٢] صفة الرِّشدة من الأقرب لم تثبت من الأبعد بغير بيِّنة.

وإذا ثبت هذا قلنا: إذا اشترىٰ امرأته بعد الدخول وقعت الفرقة، ووجبت العدَّة، إلا أنها لا تظهر لقيام ملك من له العدَّة، فلما باعها أو أعتقها زال المانع، فظهرت العدَّة.

كما قال محمد ــ فيمن طلق امرأته بعد الدخول طلاقًا بائنا، ثمَّ تزوجها في العدَّة ــ: سقطت العدَّة، فلو طلقها ثانيا[٣] عاد ما بقي من العدَّة الأولىٰ، فكذلك هذه علىٰ أصله، لا فرق بينهما، وإذا صارت معتدَّة صار الولد ولد معتدَّة والوطء حرام فيجعل[٤] من أبعد ما يمكن.

---

[١] «أ» (رجعية)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «ص» (إثباته).

[٣] «ص» (بائنا).

[٤] في حاشية «أ» (لا يجعل).

ألا ترىٰ[١] أني شرطت الدِّعوة في البيع بعد الشِّراء قطعا للدور.

وبيانه: أني لو[٢] أثبت النَّسب بغير دِعوة فسد البيع، وعادت إلىٰ قديم ملكها[٣]، كأنه لم يبعها، ولو لم يبعها حتىٰ ولدت لستَّة أشهر لم يثبت النَّسب إلا بدِعوة؛ لأن[٤] العدَّة منعدمة[٥] حكما بملكه.

كما قلتُ ـ في المعتدَّة[٦] إذا تزوجها الزَّوج الأوَّل ـ: إن العدَّة تسقط للحال مع قيام السَّبب[٧] الموجب، ويتأخَّر إلىٰ حين سقوط الملك، فكذلك هذه، وإذا لم تكن معتدَّة جُعل الولد من أقرب ما يمكن[٨]، فيصير العلوق في ملك اليمين، فلا يثبت إلا بدِعوة، ومتىٰ لم يثبت النَّسب بغير دِعوة لم يبطل البيع الثَّاني، ومتىٰ لم يثبت كان ولد معتدَّة[٩]، فيثبت النَّسب، ولا يزال يدور، فشرطت الدِّعوة قطعا للدور، حتىٰ إذا أبطلت البيع لم يبطل النَّسب.

ويدل عليه أن الوطء حلالٌ بعد الشِّراء قبل البيع، فلا يجعل الولد من أبعد ما يمكن؛ لأن الأصل الذي ذكرناه في حال حرمة الوطء.

ولأبي يوسف ـ رحمه الله ـ: أن ملك[١٠] اليمين لما كان مبيحًا للاستيلاد، وقد

[١] «ص» (إلا).
[٢] «أ» (لم)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٣] «ص» (ملكه).
[٤] «ص» (إلا أن).
[٥] في حاشية «أ» (ممنوعة).
[٦] «ص» (العدة).
[٧] «ص» (النسب).
[٨] «ص» زيادة (معتدة).
[٩] «أ» (مبيعة)، ولم تضبط بالنقط في «ن»، والمثبت من «ص».
[١٠] في حاشية «أ» (تلك).

ثبت بعد النِّكاح لم يضطر[١] إلىٰ إسناد العلوق إلىٰ النِّكاح لصيانة الولد عن الزنا.

كما إذا طلقت قبل الدخول بها، ثمَّ جاءت بولد لستَّة أشهر، لم يسند[٢] إلىٰ ما قبل النِّكاح للصيانة لتوهُّم نكاحٍ مبيحٍ، وقد ثبت ههنا ملكٌ مبيحٌ فأَوْلىٰ.

وكذلك قال محمد لو جاءت لستَّة أشهر قبل أن يبيع ويعتق= لم يثبت النَّسب إلا بدِعوة، ولم يحمل علىٰ الأبعد ليثبت بغير دِعوة؛ لأن الملك القائم ملكٌ مبيحٌ فقصر[٣] عليه، وإذا حمل علىٰ ملك اليمين سقط النِّكاح الماضي، وأشبه ما إذا اشترىٰ أمة أجنبية، ثمَّ باعها أو أعتقها، ثمَّ جاءت بولد لستَّة أشهر.

وشبهة محمد: أن هذا الأصل في المعتدَّة؛ لأنَّها مشغولة بمائه، فيحمل علىٰ وجه لا يضيِّع النَّسب. فأما إذا لم تكن معتدَّة مشغولة بالماء فلا يحمل علىٰ الأبعد صيانةً؛ لأنَّه لا ماء منه حقيقةً ولا حكمًا فيصان[٤].

ألا ترىٰ أن المطلقة قبل الدخول إذا جاءت بولد لستَّة أشهر لم يثبت النَّسب من الزَّوج، ولم يجعل من الأبعد ـ وإن احتمل ـ؛ لأنَّه لا عدَّة، وإن لم يظهر. وههنا ملكٌ مبيحٌ، ولا يثبت نسبٌ، ولا عبرة للوهم[٥].

---

[١] «ص» (يضر).

[٢] «ص» (يستند).

[٣] في «ص» وحاشية «أ» (فقضي).

[٤] «ص» (فيضاف).

[٥] «ص» (ههنا ملك مبيح فلا يثبت... ولا غيره).

[١١٣٧] **مسألةٌ**: اللقيط إذا ادَّعاه[١] عبدٌ أنه ابنه من امرأته هذه، وهي أمةٌ، وصدقه المولىٰ= صحت الدِّعوة استحسانًا، وكان الولد عبدًا عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: حرًّا.

وهي فرع مسألة عبدٍ تزوج امرأة علىٰ أنها حرَّة فإذا هي أمة، وقد ولدت منه، فالمذهب عندهما أنه لا يجوز أن يخلق الولد حرا من ماءين رقيقين، وفي مسألتنا: الماءان رقيقان.

وعند محمد يجوز؛ إذ[٢] الدليل الشَّرعي من شرط حرِّيَّة المرأة في النِّكاح، فكذلك ههنا؛ لأن الوجود في دار الأحرار يوجب الحرِّيَّة، فلا ينتقض بضرورة رق الماءين[٣].

ألا ترىٰ أن ذمِّيا لو ادَّعاه، وقد التقطه مسلمٌ، كان الولد مسلما ثابت النَّسب من أبوين كافرين بحكم يد المسلم، لجواز مفارقة الولد الأبوين دينًا بحكم دار الإسلام، كولد الحربي يسبىٰ وحده.

[١١٣٨] **مسألةٌ**: إذا مات الرَّجل، وترك ابنًا، فادَّعىٰ الابن أن هذا الرَّجل أخي، وهو مجهول النَّسب، وصدقه الرَّجل أو كان صغيرا في يده لا بغير[٤] شركة في الميراث، ولا يثبت النَّسب عندنا.

---

[١] «ص» (ادعىٰ).
[٢] «ص» (إذا جاء).
[٣] «ص» (لضرورة الماء رقيقين).
[٤] لم تضبط في «ن». وفي «ص» (يعتبر). ولعل العبارة: (ولا يعتبر شريكه).

وقال الشافعي - رحمه الله -: يثبت(١).

ولو كان الوارث اثنان فادعياه جميعًا ثبت النَّسب بلا خلاف.

[وإذا ادَّعىٰ أحدهما وكذّب الآخر لم يثبت النَّسب بلا خلاف][٢].

احتج الشافعي - رحمه الله - بحديث عبد بن زمعة حيث قال لرسول الله ﷺ في ولد وليدة زمعة: «إنه أخي ولد علىٰ فراش أبي». فقال ﷺ: «**الولد للفراش وللعاهر الحجر**»(٣) فقضىٰ بالنَّسب بقوله، ولم يعتبر قول أختها سودة؛ لأنَّها كانت مسلمة، وهم كانوا كفرة.

ولأنهما لو كانا ابنين ثبت النَّسب، فكذلك الواحد؛ لأنَّه إقرار فلا يشترط لصحَّته عدد المقرين كسائر الأقارير.

وإنَّما قلنا: إقرارٌ؛ لأن الحكم يلزمه وحده من[٤] الميراث والأخوَّة وأحكامها. فأما الميت فليس من [أهل][٥] الوجوب له وعليه.

بخلاف ما إذا كان معه وارث آخر؛ لأن الحكم يلزمهما[٦] جميعًا، فكانت شهادةً في حق الآخر.

ولنا: أنه[٧] شهادة علىٰ الميت، فلا يثبت حكمه بالواحد كسائر الشهادات.

(١) انظر: «الحاوي الكبير» (٨٦/٧)، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» (٢٦٧/٤).
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
(٣) تقدم تخريجه.
[٤] «ص» (في).
[٥] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[٦] «أ» «ن» (يلزمانه)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».
[٧] «ص» (أنها).

وإنَّما قلنا: شهادة؛ لأن الأخوة حكم انخلاقها[١] من ماء رجلٍ واحدٍ، والحكم لا يثبت مقصودا بدون العلَّة، بل يثبت فرعا للعلَّة، فصار الثَّابت بكلامه أنه ابن أبي، وإنه شهادة على الأب.

ولأنَّه ينسب[٢] إلى الأب بعد الموت كما في حال الحياة، ولكن يشركه في الميراث؛ لأنَّه أقرَّ له بشيئين: بالنَّسب وبالشركة في المال، وهذا أمر يلزمه، فكان إقرارا في حقِّه، فثبت.

❁ فإن قيل: فكذلك في القرابة أقرَّ بالأخوة والبنوة، فتثبت الأخوة.

❁ قلنا: إن الأخوة لا يتصوَّر ثبوتها بدون البنوة من أبيه، فيقتضي ثبوتُ الأخوة ثبوتَ البنوة.

وأما الشركة في المال فتثبت بوجوه شتى غير الأخوة، فلا يقتضي ثبوتُ الشركة في المال ثبوتَ البنوة والأخوة، على ما عرف الأصل[٣] في المقتضي.

ولما احتمل الفصل بين الحكمين ثبت ما هو إقرارٌ دون ما هو شهادةٌ، ولما لم يحتمل في الباب الأوَّل بطلا جميعاً.

ولا يلزم إذا كان ابنين فأقرَّا فإن النَّسب يثبت وإن لم يأتيا بلفظ الشَّهادة؛ لأن هذا الكلام إقرارٌ محض في حق الحكم، شهادةٌ في حق العلَّة على ما مرَّ، فنزِّل بينهما، فقيل: إنه لا يثبت إلا بعدد[٤] اثنين اعتبارا بالشهادات، وثبت بلفظ

---

[١] «ص» (بخلافهما).

[٢] «أ» (نسب)، «ن» (يثبت)، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (في الأصل).

[٤] «ص» (بعد).

الخبر اعتبارا بالإقرار[١].

ككلمات اللعان لما أشبهت الأيمان قرنت بكلمة «بالله» التي هي حرف القسم، ولما أشبهت الشهادات شرطت لفظة[٢]: «أشهد»، والله أعلم.

|١١٣٩| **مسألةٌ**: أمة ولدت ثلاثة أولاد في بطون مختلفة، فقال المولى: «أحد هؤلاء ابني». ثمَّ مات من غير بيانٍ= عتق ثلث كل واحدٍ منهم عند أبي حنيفة.

كما لو قال أحد هؤلاء عتيق[٣] حرٌّ الأصل؛ لأن المذهب عنده أن هذه الدَّعوى متى لم توجب النَّسب صارت إخبارًا عن العتق الذي فيه لو [كان][٤] ثبت النَّسب.

كما قال ـ فيمن قال لعبده ومثله لا يولد لمثله: [هذا ابني][٥] ـ: إنه يعتق، كما لو قال: «إنه عتق عليَّ من حين ملكته» والدِّعوة في مسألتنا هذه لا توجب شيئا[٦]؛ لأن النَّسب لا يثبت للمجهول، كما لا يثبت لمن [هو][٧] أكبر سنًّا منه.

وقال محمد في هذه المسألة: يعتق ثلث الأكبر، ونصف الأوسط، وكلُّ الأصغر.

---

[١] «ص» (بالأقارير).
[٢] «ص» (الشهادة شرط لفظ).
[٣] «أ» «ن» (علق)، والمثبت من «ص». ولعلها: خلق.
[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».
[٦] «ص» (نسبا).
[٧] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن».

لأن المذهب عنده أن هذه الكلمة تلغو أصلًا متىٰ لم يمكن اعتبارها علىٰ حكم الولاد، كما[١] في مسألة الولد يلغو أصلًا، وإذا أمكن من وجهٍ نزِّل[٢] العتق علىٰ حكم الولاد، كأنه ثابت.

كما قال في عبدٍ ثابت النَّسب معروفٍ ادعاه المولىٰ أنه[٣] يعتق، ولا يقضىٰ له بالنَّسب؛ لأن الولاد ممكن بينهما في الجملة، فكذا فيما نحن لا يقضىٰ بالنَّسب للجهالة، لكن الولاد ممكن علىٰ ما ادَّعىٰ فينزل[٤] العتق علىٰ اعتباره.

وإذا نزِّل[٥] علىٰ اعتباره عتق [من][٦] الأكبر ثلثه؛ لأنَّه إن عناه عتق، ولا يعتق إن عنىٰ أحد الأصغرين، ويعتق نصف الأوسط؛ لأنَّه يعتق إن عناه أو الأكبر، ولا يعتق إن عنىٰ الأصغر، إلا أن حالي[٧] الإصابة حالة[٨] فاستويا حكمًا. وأما الأصغر فحرٌّ إن عناه أو الأكبر أو الأوسط.

قال محمد: الدليل عليه أن حقيقة الكلام يعمل بها ما أمكن، وقد أمكن في مسألتنا هذه لاحتمال كلامه الصدق، وإن تعذر القضاء عليها لجهلنا بالولد.

ألا ترىٰ أن الأم[٩] تصير أم ولد، ولو صار كناية عن قوله: «أحدهم حرٌّ»

---

[١] في حاشية «أ» زيادة (قال).
[٢] «ص» (ترك).
[٣] في حاشية «أ» زيادة (ابنه).
[٤] «أ» (فيزول)، «ص» (فيترك). والمثبت من «ن».
[٥] «ص» (ترك).
[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».
[٧] «ص» (حالة).
[٨] «ن» (حاله).
[٩] «ص» (الأمة).

ما صارت الأم[١] أم ولد.

وكذلك قيل في أمةٍ لرجلٍ ولدت ابنا[٢]، فزوجه أمةً له أخرىٰ، فولدت منه ابنا، فنظر المولىٰ إلىٰ الابنين فقال: «أحدهما ابني» [ثم مات][٣] عتق نصف الأكبر، وكلُّ الأصغر.

وعلىٰ ما قاله أبو حنيفة - رحمه الله - يجب أن يعتق نصف كلِّ واحدٍ منهما.

وكذلك الأمة لو ولدت ولدا، ثمَّ ولدت ولدين توأما في بطن آخر[٤]، ثمَّ ولدت ولدا في بطن ثالث، فنظر المولىٰ إلىٰ الأكبر وأحد التوأمين فقال: «أحد هذين ابني» عتق نصف الأكبر، ونصف كل واحد من التوأمين، وكلُّ الأصغر.

وعلىٰ ما قاله أبو حنيفة - رحمه الله -: لا يجب أن يعتق التوأم الآخر والأصغر[٥].

فهذه مسائل يحتاج أن يخرج عليها[٦] علىٰ أصل أبي حنيفة، فمن مشايخنا من لا يسلم الجواب علىٰ أصلي[٧] أبي حنيفة.

ثم الجواب: أما قوله: «العمل بالحقيقة واجب» فكذا إذا أمكن، وههنا غير ممكن لتعذر النَّسب للمجهول، فتبقىٰ العبرة لاحتمال الصدق باطنا، فيكون العمل بمجاز ثابتٍ أَوْلىٰ من العمل بحقيقةٍ محتملةٍ مردودةٍ ظاهرًا.

---

[١] «ص» (الأمة).

[٢] «ص» (ابنة).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] في «ص» وحاشية «أ» (واحد).

[٥] «ص» (ولا الأصغر).

[٦] «أ» «ن» (عنها)، والمثبت من «ص».

[٧] «ص» (أصل).

وأما مسألة أم الولد؛ فلأن الولد اسم مشترك لا ينفك عن والده، فصار متناولا إياهما معنى، وقد صار كناية عن الإخبار بالعتق[١] الذي فيهما[٢] لو ثبت صريحه، ولو ثبت أوجب عتقا في أم الولد معلّقا بالموت، وعتقا للولد للحال، فثبتا جميعًا.

فأما في مسألتنا هذه فقوله: «أحد هؤلاء ولدي» لا يتناول إلا واحدا، فلا يوجب حكمه إلا فيه.

وكذلك مسألة الابن وابن الابن فاسم البنوة يتناولهما جميعًا إن عنى الأكبر، فيوجب عَتاقين بنص البنوة، فإن من ملك ابن ابنه يعتق بالبنوة، وإذا صار كناية[٣] عن الإخبار بما فيه من العتق صار موجبا عتاقين أيضا. فإن عنى الأصغر فاللفظ [الأوّل][٤] لا يتناول الأكبر؛ لأنّه أب ابنه[٥]، فيوجب واحدًا.

وأما مسألة التوأم، فذكر أحد التوأمين كذكرهما حكمًا في حكم العتق المتعلق[٦] به؛ لأن أحدهما لا يتجزأ عن الآخر علوقا، فصار في حقِّ التوأم كنايةً عن عتاقين، والأصغر بعده يصير بمنزلة الأمِّ، وقد ذكرنا أن الأمَّ تصير بمنزلة أم للولد، وانفصلنا عنه.

واحتج أبو حنيفة - ﷺ - [فقال][٧]: أرأيت لو قال: «إن لي منها[٨] ولدا»،

---

[١] في حاشية «أ» (لصدق).
[٢] «ص» (بعتق الذي فيه).
[٣] «ص» (نيابة).
[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٥] «ن» (أبيه). ولم تضبط في «ص».
[٦] «ص» (المعلق).
[٧] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[٨] «أ» «ن» (إن لزمتها)، والمثبت من «ص».

ثمَّ مات، فإنه لا يعتق شيءٌ من الأولاد القائمين، كما لو قال: «إن ولدا من أولادها حرٌّ الأصل». ولو اعتبر النَّسب لعتق نصف القائمين لاحتمال أن الولد المدَّعى كان قبلهم فيعتقون، وبعدهم فلا يعتقون.

ولكن مذهب محمد لا يدري فيها.

والاعتراض لمحمد أن الولد الحر[١] يكون فيهم في مسألتنا، إلا أنه مجهولٌ، والجهالة لا تمنع اعتبار العتق فيهم بعد الموت، فاعتبرنا.

فأما ههنا فكينونة المدَّعي فيهم محتملٌ، فلم يثبت بالاحتمال، فلا يعتبر حكمه قبل الثُّبوت، والله سبحانه أعلم.

تم كتاب الدَّعوى بحمد الله ومنه.

[١] في حاشية «أ» (المدعى). وفي «ص» (المدعى فيهم).

كتاب الصُّلح

[بسم الله الرحمن الرحيم] [1]

قال علماؤنا - رحمهم الله -: أجوز ما يكون الصُّلح على الإنكار.

وقال الشافعي - رحمه الله -: إنه باطل(٢).

قال أبو منصور الماتريدي: لم يعمل الشيطان في إيقاع العداوة والبغضاء في بني آدم مثل عمل من أبطل الصُّلح على الإنكار(٣).

ولسنا نقول بهذا القول، فإن الشافعي - رحمه الله - وإن أبطل هذا[٤]، وفيه امتداد المنازعات، فإنَّما قصد صيانتهم عن الحرام، والأعمال بالنيات.

فالحجَّة للشافعي - رحمه الله - ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «الصُّلح جائز بين المسلمين إلا صلحًا أحل حرامًا أو حرم حلالًا»(٥)، وهذا الصُّلح أحلَّ أخذ المال

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ص»، والمثبت من «ن».

(٢) انظر: «الأم» للشافعي (٣/٢٢٦)، و«مختصر المزني» (٨/٢٠٤).

(٣) انظر: «المبسوط» للسرخسي (٢٠/١٣٩).

[٤] «ص» (الصلح).

(٥) رواه الدارقطني في «سننه» (٥/٣٦٩، رقم: ٤٤٧٢)، والبيهقي في «السنن الكبير» (١١٣٥٣)، و«السنن الصغير» (٣٢٥٩). وهو جملة من كتاب القضاء الذي بعثه عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري - رضي الله عنهما - وفيه -: «أخرج إلينا سعيد بن أبي بردة كتابا فقال: هذا كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى، فذكره وفيه: «والصلح جائز بين الناس، إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا» الأثر. قال البيهقي في «معرفة السنن والآثار» (١٤/٢٤١): «هذا الكتاب قد رواه سعيد بن أبي بردة، وروي عن أبي المليح الهذلي أنه رواه، وهو كتاب معروف مشهور لابد للقضاة من معرفته والعمل به». وقال ابن كثير في «مسند الفاروق» (٢/٥٤٦): «هذا أثر مشهور وهو من هذا=

عن الشغب والإيذاء، وإنه حرام، وأحلَّ أخذ المال بالدَّعوىٰ، وإنه حرام.

والمعنىٰ فيه: أنه [أخذ][1] ماله بإيذائه فيحرم، كما إذا هدَّده بباطلٍ حتىٰ أخذ مالًا[2]، وكذلك الرِّشىٰ كلُّها من هذا الجنس.

والدليل علىٰ أنه أخذ المال بسبب الإيذاء أنه لم يثبت منه إلا الدَّعوىٰ والإيذاء بالخصومة، فأما المال فغير ثابتٍ بالدَّعوىٰ بالإجماع.

والدليل عليه[3] إجماعهم علىٰ البطلان إذا صالح بعد الحلف، والدَّعوىٰ باقيةٌ بعد الحلف، فإنه لو أقام البيِّنة سُمعت كما قبلها، ولا استحقاق قبل الحلف بالدَّعوىٰ كما بعدها.

والدليل علىٰ أنه أخذه بباطلٍ أن بدل الصُّلح لو استحقَّ لم يرجع علىٰ المصالح بشيءٍ، ولو جعل بدلًا لرجع ببدله إذا انتقض. ألا ترىٰ أنه لو لم يصالحه، ولكن باعه شيئًا بما ادعاه عليه، وسلم إليه، حتىٰ جاز بناءً علىٰ أنه محقٌّ، قيل: إن البيع إذا انتقض لزم البائع تسليم المال الذي فيه الدَّعوىٰ، فثبت أنه بالصُّلح ما أعطاه بدلًا عمَّا ادعاه عليه، وإنَّما أعطاه قطْعًا لشغبه.

= الوجه غريب، ويسمىٰ وجادة، والصحيح أنه يحتج بها اذا تحقق الخط».

والأثر روي من طريق عبيد الله بن أبي حميد، وهو متروك الحديث، وروي من طريق سفيان بن عيينة حدثنا إدريس الأودي عن سعيد بن أبىٰ بردة. ورجاله ثقات رجال الشيخين، لكنه مرسل.

انظر: «نصب الراية» (٤/٨٢)، و«إرواء الغليل» (٨/٢٤١)، وقال شيخ الإسلام في «منهاج السنة» (٦/٧١): «إسناده ثابت».

[1] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[2] في حاشية «أ» (إذا أخذ منه).

[3] «أ» (عليهم)، والمثبت من «ن» و«ص».

ولأنكم قلتم في الجامع الصغير: «إنه إذا افتدىٰ عن يمينه جاز»، واليمين علىٰ المدَّعىٰ عليه ليس بحقٍّ[١] للمدَّعي تجوز المفاداة عنه؛ لأنَّها شرعت حجَّةً في باب[٢] قطع الخصومات، والمبادلة لا تجوز عن الحجج، وإنَّما تجوز عن الحقوق[٣] المستحقَّة بالحجج.

وليس هذا كمن أقرَّ بعبد في يدي رجل أنه حرٌّ[٤]، ثمَّ اشتراه= فإنه يجوز؛ لأن الشَّرع جعل القول قول المنكر، فلم يثبت ما ادَّعىٰ[٥] من العتق، وبقي العبد مالًا علىٰ ما كان، فجاز العقد علىٰ المال، وإنَّما عتق عليه بعدما تملَّكه كأنه اشتراه، ثمَّ أقرَّ بعتقه.

وفي مسألتنا هذه جعل الشَّرع القول قول المنكر أيضًا، فبقيت ذمَّته بريئة كما كانت عن المال، فلم تصح المبادلة بلا مال ثبت في ذمَّته.

ولأنَّه لما اشترىٰ العبد فقد أقرَّ ثانيًا بأنه عبدٌ، وأنه مال؛ لأن الشِّراء[٦] لا يصحُّ إلا بناءً عليه، فأخذ بإقراره الثَّاني فيما عليه من لزوم الثَّمن، وصحَّة المبايعة بينهما، وأخذ[٧] بإقراره الأوَّل فيما عليه للعبد من استحقاق العتق عليه.

كمن اشترىٰ شيئًا ثمَّ أقرَّ أنه لفلانٍ أخذ بما عليه في حق المقَرِّ له، فسلِّم

---

[١] «ص» زيادة (متقوم).

[٢] «أ» (وباب)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] في حاشية «أ» (عن الخصومات).

[٤] في حاشية «أ» (الأصل).

[٥] «ص» (ما ادعاه).

[٦] «ص» (المال).

[٧] «أ» «ن» (واحد)، والمثبت من «ص».

إليه، وأخذ بما عليه فيما بينه وبين البائع، وهو أنه كان للبائع، وأن البيع صحيحٌ، وأنك لم تجوز هذا الصُّلح بناءً على أنه لما صالحه فقد أقرَّ بما عليه ليؤاخذ به.

ألا ترىٰ أنك تقول: لو استُحق بدل الصُّلح رجع المدَّعي إلىٰ دعواه دون المال، ولو جوِّز بناءً على الإقرار كما في الشِّراء لرجع [عليه][١] بالمال، كما إذا لم يصالحه، ولكن باعه بذلك المال شيئًا، وقد ذكر مسألة الصُّلح والبيع جميعًا في خلال كتاب الصُّلح.

وكذلك لو ادَّعىٰ المدَّعي الدَّار أو شقصًا[٢] منها، فصالحه ذو اليد علىٰ إنكارٍ لم تجب الشُّفعة فيها للشفيع، ولو اشتراه بمالٍ من غير إقرارٍ وجب للشفيع فيها شفعة[٣]، وكان الشِّراء إقرارًا، والمسألة في كتاب الصُّلح.

فثبت بهذه المسائل أنك تجوِّز الصُّلح بمالٍ علىٰ معنىٰ أنه استحقَّ عليه بغير عوضٍ حصل للمصالح، ومثل هذا لم يكن عن رغبةٍ ولكن لدفع شرٍّ يكون رِشوةً.

إلا أنا نحتج[٤] بقول الله تعالىٰ: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞ﴾ [النساء: ١٢٨]، وإنه كلام مستقلٌّ بذاته، فلا يربط بسببه[٥].

ولأن الله تعالىٰ أخرجه مخرج التَّعليل لما رغَّب فيه من الصُّلح المشروع قبله، أي: صالحوا؛ لأن الصُّلح خير. والتَّعليل[٦] لا يتقيد بمحل الحكم الذي

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٢] «ص» (بعضا).
[٣] «ص» (نصفه).
[٤] «ص» (ولنا).
[٥] «أ» (بسبب)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٦] «ص» (والعلة).

علل فيه[١]، بل أينما وجدت العلَّة تبعها حكمها.

وعن النبي ﷺ: «الصُّلح جائز بين المسلمين»(٢).

وعن عمر ﵁: «ردُّوا الخصوم حتىٰ يصطلحوا، فإن فصل القضاء يورث بينهم الضغائن»(٣)، وقبل القضاء لا يكون وجوب.

وعن عليٍّ في رجلين اختصما إليه في بغلة، وأقاما البيِّنة، أحدهما شاهدين، والآخر خمسة= فيه صلح وقضاء، أما الصُّلح فأن يكون لأحدهما خمسة[٤]،

---

[١] «ص» (منه).

(٢) رواه ـ عن أبي هريرة ﵁ ـ أحمد (٨٩٠٦)، وأبو داود (٣٥٩٤)، وابن حبان (٥٠٩١)، والدارقطني (٢٨٩٠)، والبيهقي في «سننه الكبير» (١١٤٦٣). والحاكم (٢٣٢٢). وقال في المستدرك: «هذا حديث صحيح علىٰ شرط الشيخين». وحسنه ابن القطان في «بيان الوهم والإيهام» (٢١١/٥) لأن فيه كثير بن زيد. وأعله ابن حزم. وانظر: «نصب الراية» (١١٢/٤)، و«البدر المنير» (٦٨٥/٦)، و«المقاصد الحسنة» (ص: ٦٠٧).
ورواه ابن ماجه (٢٣٥٣)، والترمذي (١٤٠٢) من طريق كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني، عن أبيه عن جده. قال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح». ورواية كثير بن عبد الله المزني فيها مقال. قال البيهقي في «السنن الكبير» (١٠٧/٦): «كذلك رواه أبو عامر العقدي، عن كثير بن عبد الله، والاعتماد علىٰ روايته؛ فمحمد بن الحسن بن زبالة ضعيف بمرة، ورواية كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني إذا انضمت إلىٰ ما قبلها قويتا». وانظر: «نصب الراية» (١١٢/٤)، و«البدر المنير» (٦٨٥/٦)، و«الدراية في تخريج أحاديث الهداية» (١٨٠/٢)، و«كشف الخفاء» (٢٤٦/٢).

(٣) رواه مصنف عبد الرزاق الصنعاني (١٥٣٠٤)، وابن أبي شيبة (٢٢٨٩٦)، والبيهقي في «السنن الكبير» (١١٣٦٠).
قال البيهقي في «السنن الكبير» (١٠٩/٦) ـ بعد إيراد جملة من روايات هذا الأثر ـ: «هذه الروايات عن عمر ﵁ منقطعة».

[٤] في حاشية «أ» زيادة (أسهم). وفي «أ» و«ن» (خمسه)، والمثبت من «ص».

وللآخر سهمان[1]. وهذا صلحٌ على الإنكار؛ لأن كل واحد منهما كان منكرًا، والبيِّنات قد تعارضت.

ولأنَّها لا توجب الحقَّ قبل القضاء، وعندك لا يجوز قبل القضاء.

وعن حذيفة بن اليمان أن رجلًا ادَّعى عليه حقًّا، فقال: «خذ عشرة ولا تحلِّفني»، فأبى، فقال: «خذ عشرين ولا تحلِّفني»، فأبى إلى أربعين، فأبى، فحلف[2]. فهذا حذيفة جوَّز الصُّلح على معرفةٍ منه بالبراءة، وعندك لا يحل هذا، فإنه إطعام حرام.

وروى محمد بن الحسن - ﷺ - في كتاب الغصب أن أعرابيًّا أتى عثمان بن عفان ﷺ، فقال: «إن بني عمك عدَوا على إبلي»، فصالح عثمان على إبل مثل إبله، وفُصلان مثل فُصلانه، وتولَّى الصُّلح عبد الله بن مسعود[3]،

---

(١) رواه الطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (١٢/٢٠٩) عن سماك بن حرب عن حنش بن المعتمر: «أنَّ عليًّا ﷺ خُوصِمَ إليه في بَغلةٍ، فأقامَ أحَدُ الخَصمَينِ خَمسةَ شُهَداءَ أنَّها له نُتِجَتْ عنده، وأقامَ الآخَرُ شاهدَينِ أنَّها نُتِجَتْ عندَه، فقَضى لصاحِبِ الخَمسةِ بخَمسةِ أسباعِها، ولصاحِبِ الشَّاهدَينِ بالسُّبعَينِ».

(٢) رواه مصنف عبد الرزاق (١٦٠٥٥) عن إسماعيل، عن شريك، عن عبد الله قال: حدثنا الأسود بن قيس، عن رجل من قومه قال: أعرف حذيفة بعيرا له مع رجل، فخاصمه نقضي لحذيفة بالبعير، وقضى عليه باليمين، فقال حذيفة: «افتد يمينك بعشرة دراهم»، فأبى الرجل، فقال له حذيفة: «بعشرين؟» فأبى قال: «فبثلاثين؟» قال: فأبى قال: «فبأربعين؟» فأبى الرجل، فقال حذيفة: «أتظن أني لا أحلف على مالي؟» فحلف عليه حذيفة.

ورواه الدارقطني (٤٥٩٦)، والبيهقي في «السنن الكبير» (٢٠٧١٣).

(٣) رواه محمد بن الحسن في الأصل (١٢/١١٩) عن أبي يوسف عن عطاء بن السائب عن أبي البَخْتَرِي: «أن أعرابياً أتى عثمان بن عفان فقال له: إن بني عمك عَدَوْا على إبلي فقطعوا ألبانها وأكلوا فصلانها. فقال عثمان: إذاً نعطيك إبلاً مثل إبلك وفصلاناً مثل فصلانك. قال: إذاً تنقطع=

وكان[١] بمشهد من الجماعة، ولم ينكر أحد، ولم يظهر من السَّبب إلا الدَّعوىٰ، فثبت أنه يجوز عن الدَّعوىٰ، ولا يجوز حمله علىٰ سببٍ لم يُنقل من علم عثمان بذلك بوجهٍ آخر.

وعن النبي ﷺ [أنه قال][٢] للرجلين اللذين اختصما إليه في مواريث درست بينهما: «اذهبا وتوخَّيا واستهما، وليحلل[٣] كل واحد منكما[٤] صاحبه»(٥)، فدعاهما إلىٰ الصُّلح، وكان كلٌّ واحدٍ منهما منكرًا لحقِّ أخيه.

ألا ترىٰ أن النبي ﷺ قال في الابتداء: «إنكم تختصمون إلي، ولعل

= ألبانها وتموت فصلانها حتىٰ تبلغ وَادِيَّ. قال: فغَمَزَه بعض القوم لعبد الله بن مسعود. فقال: بيني وبينك عبد الله بن مسعود. فقال عثمان: نعم. فقال عبد الله بن مسعود: أرىٰ أن يأتي واديه فيعطىٰ ثَمّ إبلاً مثل إبله وفصلاناً مثل فصلانه. فرضي بذلك عثمان وأعطاه».

[١] في حاشية «أ» (الصلح).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (وليحل).

[٤] في حاشية «أ» (منهما).

(٥) رواه أحمد (٢٦٧١٧)، وأبو داود (٣٥٨٤)، وابن أبي شيبة (٢٢٩٧٤)، والدارقطني (٤٥٨٠) عن أم سلمة ـ رضي الله عنها ـ، ولفظ أحمد: «جاء رجلان من الأنصار يختصمان إلىٰ رسول الله ﷺ في مواريث بينهما قد درست، ليس بينهما بينة، فقال رسول الله ﷺ: «إنكم تختصمون إلي، وإنما أنا بشر، ولعل بعضكم ألحن بحجته، أو قد قال: لحجته، من بعض، فإنما أقضي بينكم علىٰ نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئا، فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار يأتي بها إسطاما في عنقه يوم القيامة». فبكىٰ الرجلان، وقال كل واحد منهما: حقي لأخي، قال: فقال رسول الله ﷺ: «أما إذ قلتما، فاذهبا فاقتسما، ثم توخيا الحق، ثم استهما، ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه». قال الحاكم في «المستدرك» (٤/١٠٧): «صحيح الإسناد ولم يخرجاه»، ووافقه الذهبي.

وفي إسناده أسامة بن زيد الليثي قال ابن القطان في «بيان الوهم والإيهام» (٤/٥٢٠): «أسامة مختلف فيه». وانظر: «تهذيب الكمال» (٢/٣٤٩)، «إرواء الغليل» (٥/٢٥٣).

بعضكم ألحن بحجته من بعض، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فكأنَّما أقضي[١] له بقطعة[٢] من النار»(٣)، وفي رواية: «فإنَّما أقطع له قطعة من النار»، وهذا إنَّما يخاف حال الإنكار والاستحقاق بالحجج، لا حال الإقرار.

وأما قول عمر ﷺ: «الصُّلح جائز إلا صلحًا أحل حرامًا، [أو حرم حلالا][٤]»(٥)، [يعني حراما][٦] لمعنىً في عينه[٧]، لا حرامًا لفقد[٨] سبب الملك، كما لو اصطلحا علىٰ دمٍ [أو خنزيرٍ][٩] أو خمرٍ، أو علىٰ أن يطأ أمته بغير ملك، لا ما أحل حرامًا بعقد[١٠] سبب الملك، فإن الصُّلح عن إقرار يحلِّل للآخذ ما أخذه، وكان حرامًا عليه من قبل.

وكذلك الحرام المطلق في الشَّرع اسمٌ لما حرُم تناوله لمعنىً في عينه، كالميتة والدم والخمر، لا لما حرُم لفقد[١١] سبب الملك. وكذلك الحلال المطلق ما أحلَّت الشَّريعة عينه وإن حرم تناوله حرمة للمالك إلا بإذنه.

والمعنىٰ في المسألة: أنا[١٢] نصور المسألة فيمن ادَّعىٰ علىٰ رجل مالًا بعينه

---

[١] في حاشية «أ» (أقطع).

[٢] «ص» (فإنما أقطع له قطعة).

(٣) رواه البخاري (٢٦٨٠)، ومسلم (١٧١٣). عن أم سلمة ـ رضي الله عنها ـ.

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

(٥) تقدم تخريجه.

[٦] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[٧] «ص» (فيه).

[٨] «أ» «ن» (لعقد)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٩] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ص»، والمثبت من «ن».

[١٠] «ص» (بفقد).

[١١] «أ» «ن» (بعقد)، والمثبت من «ص».

[١٢] «ص» (إنما).

مشارًا إليه، وأنكر ذو اليد، ثمَّ صالحه= أنه يجوز؛ لأن الخارج أخذ[١] متداعين هذا المال لنفسه، فيجوز له أخذ البدل عنه صلحًا ـ وإن أنكر الآخر ـ. كما إذا صالح ذو اليد الخارج على مالٍ، وسلمه إليه؛ وهذا لأن كلَّ واحدٍ مصدَّقٌ في حقِّ نفسه دون صاحبه، فنزلا[٢] في ثبوت الملك لكل واحد منزلة واحدة.

❁ فإن قيل: جاز صلح ذي اليد بدلالة اليد.

❁ قلنا: اليد حجَّةٌ دافعةٌ عن ذي اليد، لا مثبتةٌ على ما عرف، وجواز الصُّلح مبنيٌّ على ثبوت الملك، وذلك بخبره أنه له[٣] ولا منازع له فيه؛ لأن اليد دفع المنازعة، ولأن الدَّين المدَّعى يقبل الإبراء، فيقبل الصُّلح [عنه][٤]؛ قياسًا على الدَّين المقَرِّ به. وكذلك العين المدعاة[٥] تقبل الإبراء عن الدَّعوى فيها[٦]، فتقبل الصُّلح؛ لأن الصُّلح تصرّف يبتني على ثبوت حقِّه، مثل الإبراء.

وإنَّما قلنا: يقبل الإبراء؛ لأنَّه يزعم أن[٧] المال ثابتٌ كما يدَّعيه، وهو مصدق شرعًا ما أمكن، وإنَّما لا يصدق على غيره. ألا ترى أن المنكر لا يتخلَّص عنه إلا بيمين، ولو كان مكذَّبًا لما لزمه اليمين، ولا أُحضر أيضًا. ألا ترى أنه لو أبرأه ثمَّ أقرَّ المدَّعى عليه أن المال كان ثابتًا كانت البراءة واقعةً.

وكذلك من كان في يده عين، وقال: «هذا كان لفلانٍ اشتريته، وقبضته»،

---

[١] «ن» (أحد).
[٢] «ص» (لا).
[٣] «ص» (أنه ماله).
[٤] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[٥] «ص» (الدين المدعى).
[٦] «ص» (فيه).
[٧] في «أ» (يزعم عمران)، والمثبت من «ن» و«ص».

حلَّ الشِّراء منه بالإجماع ، فلو حضر فلان وأنكر البيع منه ، ثمَّ صالح المدَّعي علىٰ شيءٍ كان علىٰ [هذا][١] الاختلاف ، وقبل[٢] إنكاره ملك المدَّعىٰ الاستبدال[٣] عليه ، وإنَّما يبطل الآن بإنكاره.

وكذلك لو قال: «هذا عبدي أودعته فلانًا ، وهو هذا ، وأنا أبيعه» ، أيحل له ؟ قلنا له: يحل ، فلا يبطل بإنكاره ، وإنَّما لا يحل من غيره لعجزه عن التسليم إليه. ألا ترىٰ أنه لو أخبر [بخبر][٤] آخر أو روىٰ حديثًا كنا نصدقه ونعمل به وإن كان علىٰ غيره ، كما لو أخبر بوكالة ، فثبت أنه مصدَّق شرعًا ، ولا يلزمه حكم التكذيب بإنكار خصمه ، لأن[٥] إنكاره خبر مثل الأول ، فكانت حجَّةً دافعةً عن نفسه بحكم المعارضة لا غير ، وإذا ثبت الصدق ، ولم يبطل بالإنكار وحده ملكًا يتصرف[٦] فيه من حيث الإبراء ؛ لأنَّه يتم به وحده.

ألا ترىٰ أنه لو أبرأه بعد ثبوت الدَّين تم[٧] من غير قبول ، فثبت أن صاحب المال يملكه بنفسه دون مَن عليه المال ، فاكتفي بصحَّة ثبوت الملك في حقِّه ، ولما صار الدَّين الثَّابت بدعواه محلًّا للإبراء كان محلًّا للصُّلح ؛ لأن الصُّلح يتم إسقاطًا في حقِّ المصالح عنه ، كما يتمُّ تمليكًا ، وإنَّما التمليك مراعىٰ في جانب البدل ، فلا جرم لم يصحَّ إلا برضىٰ مَن يملك عليه. فإذا رضي المصالح بإعطاء

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» (وقيل) ، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «ص» (الاستدلال).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» ، والمثبت من «ن» و«ص».

[٥] «أ» (لا) ، والمثبت من «ن» و«ص».

[٦] «ص» (ملك التصرف).

[٧] «أ» «ن» (ثم). ولم تضبط في «ص» ، والمثبت أقرب.

البدل بدلًا عن الإسقاط والإبراء المملوك للمدَّعي بنفس الدَّعوىٰ، وذلك الإبراء يصلح عوضًا عن هذا المال= صحَّ الصُّلح، وإن[١] لم يحصل له براءةٌ في زعمه.

ألا ترىٰ أن المتبرِّع[٢] إذا صالح عن الدَّين بمالٍ ضمنه علىٰ نفسه صحَّ، وصحَّ الضَّمان بدلًا عن الإبراء، والبراءة لا تحصل له. وكذلك علىٰ هذا إذا سأل [رجل][٣] رجلًا طلاق امرأته علىٰ مالٍ علىٰ السائل، فطلَّق= يصحُّ، ويلزمه المال، والطَّلاق لم يقع له؛ لأن العوض بالطَّلاق إنَّما يكون بإزاء إسقاط ملك النِّكاح، لا نفس الطَّلاق؛ لأنَّه لفظ كالبيع، فيكون العوض بإزاء ما يثبت به، لا بإزائه، والذي يثبت به سقوط الملك، والسُّقوط لا يدخل في ملك أحد، بل هو يتلاشىٰ[٤] علىٰ[٥] ملك المالك، ولهذا ملك الزَّوج الطَّلاق بنفسه.

وإذا ثبت في حق المالك وصحَّ السُّقوط في حقِّه صحَّ إيجاب العوض بإزائه من الذي يحصل له فائدة السُّقوط، ومن الأجنبي عنه؛ إذ في الحالين العوض لا يقابل ملكًا يدخل في ملك مَن يستحق عليه العوض، وإنَّما يقابل سقوط ملك كان للذي يستحق العوض، وقد حصل؛ لأن المال ثابت في حقِّه،

ويدلك [عليه][٦]: أن الاعتياض بحقِّ الملك إنَّما يجوز عمَّا ملكه المالك، ومالك الدَّين ملك الدَّين، وملك التَّصرُّف فيه إسقاطًا واستيفاءً، فيملك

---

[١] «أ» (وإنه)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] في حاشية «أ» (الشرع).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٤] في حاشية «أ» (متلاش).

[٥] «ص» (عن).

[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

الاعتياض عن أصل الشِّراء[١] والاعتياض عن الإسقاط[٢]، فإنه تصرُّفٌ مملوكٌ له كالإعتاق، فيتمُّ معاوضةً من جانبه، ومن جانب المنكر التزامًا محضًا، كالحوالة لا[٣] يفتقر صحَّته إلىٰ ثبوت العوض من جانب المنكر، إذ لو أقرَّ لتمَّ الصُّلح من جانبه بلا عوضٍ يحصل له، والبراءة التي هي فائدة السُّقوط تجري مجرىٰ ثمرات الملك في عقود التمليك، كالمنفعة فيما اشترىٰ، فلا يقابله البدل، وإنَّما يقابل أصل سقوط الملك.

ولهذا صحَّ وجوب البدل علىٰ غير من يحصل[٤] له البراءة، ولو كان العوض عنها لما جاز ثبوت البراءة إلا لمن يجب عليه العوض، كما في ملك الشِّراء لا يجب إلا لمن يجب عليه الثَّمن، فلما[٥] وجب علىٰ المتبرِّع ولا براءة له علم أن المعاوضة لا تعتبر في جانب من يلزمه البدل، بل يلزمه كما يلزم بالحوالة، وإنَّما تعتبر المعاوضة فيما هو إسقاطٌ من[٦] جانب من يُسقط، وإنه ثابتٌ في حقِّه بالدَّعوىٰ كما بعد البيِّنة؛ لأن خبره مقبولٌ منه في حقِّه.

وبهذا فارق الصُّلحُ الشِّراءَ؛ لأن الشِّراء لا يصحُّ إلا مالًا يملكه[٧] بمالٍ يملكه، فالشروع فيه يتضمَّن الإقرار بما ادعي عليه؛ لأنَّه لا يجوز بدونه. ألا ترىٰ أنه لا يجوز من المتوسِّط، وهو أن يشتري صاحب الدَّين من متوسِّط

[١] «ص» (عن أصل الدين بالشراء).
[٢] «ص» (الساقط).
[٣] «ص» (فلا).
[٤] «ص» (تصلح).
[٥] «ص» (فأما ما).
[٦] «ص» (في).
[٧] «ص» (ما يملكه).

شيئًا[١] بالدَّين الذي له علىٰ غيره؛ لأن ذلك الدَّين المسمىٰ لا يصير له بالشِّراء.

يوضحه: أن المنكر في ثبوت البراءة له بإنكاره لا يكون أقوىٰ حالًا من المتوسط المتبرِّع بالصُّلح، فإن البراءة ثابتةٌ للمتوسِّط بإقرار المدَّعي، ومع ذلك جاز صلحه لثبوت الإسقاط في حقِّ المدَّعي، فهذا أوْلىٰ.

❊ فإن قيل: هناك إنَّما جاز لثبوته علىٰ المدَّعىٰ عليه.

۞ قلنا: لا يجوز بناء الجواز من المتبرِّع علىٰ ذلك؛ لأنَّه لا ولاية له عليه، وإنَّما يجوز منه الصُّلح بغير أمره لاقتصار حكم العقد علىٰ المتعاقدين. ألا ترىٰ أنه لا يجوز فيما ليس بإسقاط بملك[٢] صاحب الحق بنفسه، وكذلك المتوسِّط في هذه يجوز صلحه إذا أقرَّ بالمال، وإن أنكر المدَّعىٰ عليه، وإقراره ليس بحجَّة علىٰ المنكر.

ولا يلزم إذا حلف؛ لأنَّه لما حلف وهي حجَّة المنكر ترجَّح إنكاره علىٰ الدَّعوىٰ، فثبت حكم البراءة التي يوجبها الإنكار من حيث الدَّفع علىٰ المدَّعي، فلم يبق له ولاية الإبراء، إلا أنه إذا أقام البيِّنة قبلت؛ لأن اليمين ليست بحجَّةٍ في حقِّ الإلزام[٣]، فلم يلزم المدَّعي حكم الكذب في حقِّ إثبات حقِّه، فقبلت وصارت أوْلىٰ من اليمين عند المعارضة.

ولا يلزم علىٰ هذا الوصي لو صالح عن إنكار؛ لأنا جوزنا هذا الصُّلح كما جوزنا[٤] من المتبرِّع، وجعلنا الدَّين غير ثابتٍ في حقِّه، ولكن مع هذا يحلُّ إذا

[١] «أ» «ن» (سببا)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (يملكه).

[٣] «ص» (الالتزام).

[٤] «ص» (جوزناه).

ثبت للمدَّعي بدلًا عن إسقاطٍ ثابتٍ في حقِّه، ولا يجوز من الوصي التبرُّع[١] بمال اليتيم، كما لو صالح به عن دينٍ علىٰ غيره ثابت.

ولا يلزم علىٰ هذا إذا ادَّعىٰ عليه عينًا غصبه[٢]، ثمَّ صالحه علىٰ طعام في الذمَّة علىٰ إنكار، وفارقه قبل القبض= أن الصُّلح يبطل؛ لأن الصُّلح ههنا يقع جائزًا بناءً علىٰ الثُّبوت في حق المدَّعىٰ عليه[٣]، [ومتىٰ لم يكن الجواز بناء علىٰ الثُّبوت في حق المدَّعىٰ عليه][٤]، ومتىٰ لم يكن الجواز بناء علىٰ الثُّبوت علىٰ المنكر لم يصر عينًا بدين؛ لأن العين هو الذي[٥] عند الغاصب، ولم يثبت عليه ومن[٦] حقِّه كأنه لم يشر إلىٰ شيء، فيقع الصُّلح دينًا بدينٍ.

وكذلك لو أقرَّ بالغصب، وادَّعىٰ أنه أبق منه، فإن العينية لا تثبت عليه بقوله، فيقع الصُّلح دينًا بدينٍ، وكذلك لو أقر.

ولا يلزم لو كان مكان الصُّلح بيعًا[٧] في هذه المسألة، فإنه لا يجوز؛ لأن البيع لا يبتنىٰ علىٰ الثُّبوت من جانب واحد؛ لأنَّه للتمليك.

ألا ترىٰ أنه لو كان المدَّعىٰ فيه عينًا، فاشتراه بعدما أنكر صحَّ، وكان إقرارًا بأنه للمدَّعي، حتىٰ لو استحقَّ بدل الصُّلح[٨] رجع المدَّعىٰ عليه بالعين.

---

[١] «أ» (المتبرع)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «ص» (تخصه).

[٣] «ص» (بناء علىٰ الثبوت في حق المدعي دون الثبوت في حق المدعىٰ عليه).

[٤] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص». ومعناها مكرر في الجملة بعدها والله أعلم.

[٥] «ص» (التي هي).

[٦] «ص» (وفي).

[٧] «ص» (بيعا له).

[٨] في «ص» حاشية «أ» (البيع).

وإذا كان كذلك علم أن البيع لم يفسد في هذه المسألة لعدم ثبوت ملك البائع في حقِّ المنكر؛ لأن الشِّراء منه إقرارٌ بأن الملك لذي اليد، ولكن فسد لجهالة المبيع.

❊ فإن قيل: هذا يبطل بمن ادَّعىٰ وديعةً علىٰ رجلٍ، فادَّعىٰ أنه ردَّ الوديعة، وأنكر رب المال، ثمَّ صالح علىٰ شيء لم يصحَّ عند أبي حنيفة وأبي يوسف في قوله الآخر.

❊ قلنا: قال محمد: يجوز لهذا المعنىٰ أن قول المودع ليس بحجَّةٍ علىٰ رب المال، فيبقىٰ الحقُّ ثابتًا في حقِّ رب المال، فيجوز الصُّلح. ألا ترىٰ أنا نحلِّف المدَّعىٰ عليه بالوديعة[1] كما يحلف المنكر.

ثم الجواب علىٰ قول أبي يوسف أن المودع مسلَّط علىٰ الردِّ بحقِّ الأيمان[2] من جهة ربِّ المال، فيلزمه قوله كأنه صدَّقه عليه، كالوكيل بالبيع إذا قال: «بعت».

ألا ترىٰ أن المودَع لو مات قبل أن يحلف لم يكن لرب المال[3] خصومةٌ مع الورثة لثبوت البراءة في حق ربِّ المال، لولاه لثبتت الخصومة واستحلف الورثة. كما لو ادَّعىٰ عليه دينًا، فأنكر، ثمَّ مات قبل الحلف= استحلف الورثة. وإنَّما يحلف المودع نفيًا للتهمة عن نفسه، لا لإثبات البراءة عن ضمان الدَّعوىٰ[4].

---

[1] «ن» و«ص» (الوديعة).

[2] «ص» (الائتمان).

[3] في حاشية «أ» (الوديعة).

[4] «ص» (المودع).

وإذا كان كذلك صار حال المودع بنفس الدَّعوىٰ[١] كحال المنكر بعد الحلف.

ولا معنىٰ لقول محمد: «إن اليمين واجبةٌ علىٰ المودع، والافتداء عن اليمين جائز»؛ لأنَّه إنَّما يجوز الافتداء عن يمين تثبت البراءة في حق المدَّعي، فإن تلك اليمين حق المدَّعي، علىٰ ما بيَّنَّا في كتاب الدَّعوىٰ، فإذا أسقطه[٢] بالمال، وفيه إسقاط حقِّه عن المال بدلالة أن المنكر متىٰ حلف سقط، وتثبت البراءة في حق المدَّعي= صحَّ الصُّلح، وجرىٰ مجرىٰ الصُّلح عن المال. فأما إذا كانت اليمين لنفي تهمة الحالف، لا لإثبات البراءة علىٰ المدَّعي، لم يكن إسقاطها لمعنىٰ[٣] إسقاط المال، فالمال قد ثبت[٤] سقوطه قبل اليمين.

وإنَّما قال أبو حنيفة: إنه أجوز ما يكون؛ لأن عدم الثُّبوت في حقِّ ضامن بدل الصُّلح لا يمنع صحَّته علىٰ ما قلنا، فصار في الصِّحَّة كالذي[٥] ثبت عليه المال بإقراره، ثمَّ الصُّلح لقطع المنازعة مع ما فيه من المبادلة، وقلَّ ما يصار إليه رغبةً، وإنَّما يتحقق قطع المنازعة عند الإنكار كان أجوز ليحصل مقصوده في هذا الوقت، دون حال الإقرار، فانقطاع المنازعة بالصُّلح ثمرَّة الصُّلح، وإسقاط المصالح عنه في حقِّ المدَّعي أحد عوضيه. ثمَّ العقد وإن كان يتعلَّق جوازه بالعوضين دون الثمرَّة كان الذي يحصِّل الثمرَّة بعد حصول الأصل أجوز.

وشبهة الشافعي - رحمه الله -: أن إنكاره حجَّة مبرئة عن المال عند القاضي؛ لأن

[١] في «ص» وحاشية «أ» (دعوىٰ الرد).

[٢] «أ» (أسقط)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «ص» (بمغني). ولعلها (بمعنىٰ).

[٤] «أ» (يثبت)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٥] في حاشية «أ» (كالذمي).

الأصل أن ذمَّته بريئة، وهو مستمسك به، والتمسك[١] بأصلٍ ثابتٍ لإبقاء حكمه حجَّةٌ شرعيَّةٌ، كاليمين.

إلا أنا نقول: إنه حجَّةٌ دافعةٌ عن نفسه غير متعدِّيةٍ إلىٰ الخصم، فلا تثبت بها[٢] البراءة في جانب[٣] المدَّعي، فبقي له ولاية الإبراء بناءً علىٰ صدقه الثَّابت في حقِّه، وعلىٰ أصل **الشافعي** - ﷺ - مثل هذا يكون حجَّةً متعديةً، علىٰ ما بيَّنَّا في أصول الفقه، حتىٰ قال: إن الشُّفعة تستحقُّ بدارٍ ظهَر ملكُها بظاهر يده، **وعندنا** لا يستحقُّ.

|١١٤٠| **مسألةٌ**: إذا ادَّعىٰ [رجل][٤] دارًا، ثمَّ صالح منها علىٰ سكنىٰ دارٍ، أو خدمة عبدٍ سنةً، ثمَّ أتلف العبدَ عبدٌ[٥] آخر، فدفع به، أو جنىٰ عليه، [فضمن قيمته][٦]، أو أتلف الدار فضمن قيمتها[٧] = بطل الصُّلح علىٰ قول محمد.

وقال **أبو يوسف**: يشتري بالقيمة عبدًا آخر أو دارًا أخرىٰ، ثمَّ يقال للمصالح: إن شئت رضيت بهذا، وإلا رددت الصُّلح كما لو بقي الأوَّل فبقيت.

وجه ما ذهب إليه محمد ظاهرٌ، وهو أن بدل الصُّلح حكمه حكم عوض أخذ بالبيع أو الإجارة؛ لأنا في حقِّ المدَّعي نبني الأمر علىٰ دعواه، وهو يزعم

[١] «ص» (والتمسك به).

[٢] «أ» «ن» (به)، والمثبت من «ص».

[٣] في حاشية «أ» (حق).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (عند).

[٦] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ص» و«ن».

[٧] «أ» «ن» (قيمته)، والمثبت من «ص».

أنه ملك هذا المال عمَّا ترك من المال.

ولأن الخلاف ثابتٌ فيما لو صالح عن إقرار.

ألا ترىٰ أن الصُّلح علىٰ حيوان في الذمَّة لا يجوز، وإن كان علىٰ[١] إنكار؛ لأنَّه[٢] يملكه بدلًا عما هو مال.

وكذلك لو صالح علىٰ ما في بطن شاته من الولد، أو ما في الضرع من اللَّبن= لم يجز، كما لا يستحق ذلك بالبيع والإجارة.

وإذا كان كذلك بطل بهلاك البدل، كما إذا باع دارًا بخدمة عبدٍ، أو آجر دارًا بخدمة عبد، ثمَّ قتل العبد بطل العقد، ولم يشتر بقيمته عبدًا آخر يخدمه[٣].

وهذا بخلاف المصالح عنه، فإنه لا يعتبر بالمبيع، فإن الصُّلح عن دعوىٰ شرب، وما لا يجوز بيعه[٤] يصحُّ؛ لأن الصُّلح يتم إسقاطًا من ذلك الجانب، كما يتم تمليكًا، والبيع لا يتم إلا تمليكًا، والشرب مما[٥] يحتمل الإسقاط دون التمليك، فلذلك افترقا، فأما في جانب بدل الصُّلح فلا يتم إلا تمليكًا من الجانبين، والمقابلة[٦] في حق المدَّعي تحصل[٧] بما ادعاه، وذلك مال، فلذلك وجب اعتباره بالبيوع[٨].

---

[١] «ن» «ص» (عن).

[٢] «ص» (لا).

[٣] «أ» (لخدمة)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] زاد في حاشية «أ» (بنفسه).

[٥] «ص» (مما لا).

[٦] «أ» (والمقايلة)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٧] «أ» «ن» (حصل)، والمثبت من «ص».

[٨] «ص» (بالتبرع).

ولهذا قال محمد: إن من ادَّعىٰ دارًا ثمَّ صالح علىٰ سكنىٰ بيت منها، وقبض، ثمَّ آجر صاحب الدَّار لم يجز، كما لو استأجره ثمَّ آجره من رب الدَّار[١]؛ لأنَّه لو اشترىٰ أو استأجر بيتًا من دار جملتها له لم يجز.

وكذلك لو صالح علىٰ صوف شاةٍ بجزها[٢] للحال لم يجز، كما لو اشترىٰ الصُّوف أو جعله بدل إجارة.

وكان هذا بخلاف الهبة؛ لأنَّها توجب الملك بعد القبض، وبعد الجزء الذي هو تمام القبض في هذا الباب يصير معلومًا، فيجوز بناءً علىٰ تلك الحالة كهبة الدَّين لغير من عليه الدَّين، فإنه يجوز إذا سلَّطه علىٰ القبض لهذا المعنىٰ.

فأما الصُّلح فيوجب الملك قبل القبض كالبيع، وإنه مجهولٌ للحال، وبيع للشاة علىٰ سبيل الوصف، فوجب[٣] بناء تصحيحه علىٰ الحال، فلم يجز؛ لأن تمليك الوصف وحده باطل.

وأما أبو يوسف فإنه يقول: إن الصُّلح مبنىٰ جوازه علىٰ التوسعة وطلب[٤] وجه للجواز من حيث يحتمله ما أمكن.

ألا ترىٰ أنه في حقيقته يوجب تمليكًا بتمليكٍ كالبيع، فإن لم يكن تجويزه علىٰ هذا الوجه جوِّز تمليكًا بإسقاطٍ؛ لأن مبنىٰ الصُّلح علىٰ التجوز[٥] بدون الحقِّ، فكان محتملًا لجهة الإسقاط في المصالح عنه، فبني الجواز عليه متىٰ لم

---

[١] «ص» (المال).

[٢] «أ» «ن» (نحرها)، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (وبيع الشاة... فتجب).

[٤] «ص» (يطلب).

[٥] «ص» (المجوز).

يمكن تصحيحه[١] بناءً على التمليك، على ما مرَّ في دعوى الشِّراء[٢]، وما لا يجوز بيعه من المجهول.

وإذا كان كذلك في جانب المصالح عنه، فكذلك في المصالح به، متى لم يمكن تجويزه بناءً على التمليك المبتدإ بني الجواز على استيفاء الواجب أو بعضه؛ لأنَّه يحتمل معنى الاستيفاء، لأن الصُّلح يجوز بدون الحقِّ على ما قلنا، وفي التجوز[٣] بدون الحق إسقاط للبعض[٤] واستيفاءٌ للبعض، هذا تفسير التجوز[٥] بدون الحق على حقيقته[٦]، فعلم أنه وإن كان ببدلٍ آخر ففيه معنى الاستيفاء والسُّقوط جميعًا.

بخلاف الشِّراء، حتى إذا أخذ ثوبًا صلحًا عن دراهم لم يبعه مرابحةً، بخلاف ما لو اشترى، فكذلك[٧] معنى الاستيفاء يثبت فيه، وإن كان بدلًا آخر، كما لو أخذ بعض حقِّه، وترك البعض، وإذا لم يسقط حكم الاستيفاء[٨] ثمَّ تعذَّر بناء الجواز على ملك البدل وجب البناء على الاستيفاء إذا كان فيه جواز، كما في المصالح عنه إذا تعذَّر بناء الجواز على التمليك، وجاز على الإسقاط بني[٩] عليه.

[١] «ص» (لم يكن تجويزه).
[٢] «ص» (الشرب).
[٣] «ص» (التجويز).
[٤] «ص» (لبعض الحق).
[٥] «ص» (التجويز).
[٦] «أ» (حقيقة)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٧] «ص» (فدل أن).
[٨] في حاشية «أ» (بوجه).
[٩] «ص» (شيء).

ثم في هذه المسألة[١] متىٰ بني علىٰ الاستيفاء صحَّ ، وذلك لأن الملك في الخدمة متىٰ ثبت بناءً علىٰ استيفاء حقِّه في الرَّقبة تحوَّل إلىٰ خلَفه إذا فات العين وأخلف [بدلًا][٢].

كما في الوصيَّة ، فإن العبد الموصىٰ بخدمته لرجلٍ إذا قتل فإنه يشترىٰ بقيمته عبدٌ آخرُ ليخدم الموصىٰ له ؛ لأن الوصيَّة أخت الميراث ، ويكون الموصىٰ له مقدَّمًا علىٰ الوارث ؛ لأن الميت استثنىٰ ذلك لنفسه ، فرتَّب الوارث عليه ، فتأخر الوارث عنه في أصل الرَّقبة ؛ لأنَّها لا تسلَّم إلا بعد سقوط حق الوصيَّة عن المنفعة ، والميت لما أوصىٰ له بالخدمة فقد قدَّمه علىٰ الوارث في الرَّقبة.

وإذا كان كذلك صار كالمستوفي للخدمة بحكم ملك الرَّقبة ، دون الذي يملكها بحكم الإجارة علىٰ مالك الرَّقبة ، فكذلك في مسألتنا هذه يعتبر بالوصيَّة من هذا الطريق[٣] ليبقىٰ ، وإن كان في الحقيقة ملكًا مبتدأً في المنفعة.

ولا يلزم علىٰ هذا: الصُّلح علىٰ ثمرَة نخل يوجد ، فإنه باطل ، والوصيَّة بمثلها جائزة ؛ لأن الصُّلح من حيث الاستيفاء يشبه الوصيَّة من الوجه الذي قلناه ، ومن هذا الوجه يوجب الفرقة[٤] في باب المعدوم ؛ لأن استيفاء المعدوم لا يتصوَّر مرسلًا ، ولا يجوز معلَّقًا بالخطر ، والوصيَّة به صحيحة معلَّقة بالخطر.

وكذلك الصُّلح لا يلحق بالخلع والمعاوضة عن الإسقاطات المحضة ؛ لما

---

[١] «ص» (المسائل).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» ، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «ص» (الوجه).

[٤] «ص» (المقرور).

ذكرنا أنه لا يتمحض إسقاطًا وإن كان إبراءً[١] محضًا، بل فيه معنى تمليك مالٍ حتى يرتدَّ بالردِّ، ولا يتعلَّق بالخطر، فإذا كان فيه ضرب استيفاءٍ أَوْلى أن لا يعتبره به، فيفارقه في الأحكام التي تبتنى على تمحض الإسقاطات[٢]، فلم يثبت بالصُّلح الحيوان في الذمَّة؛ لأنَّه لا يثبت إلا عما[٣] ليس بمال محضًا، والحكم الذي اعتبرنا نحن الصُّلح بالوصيَّة فيه ليس يبتنى على تمحُّض ثبوت الحقِّ في الرَّقبة؛ لأن الرَّقبة ملك الوارث، وإنَّما ثبت حق الموصى له بالخدمة فيها اعتبارًا على ما قلنا كما في الصُّلح.

وعلى هذا يخرَّج: إذا ادَّعى دارًا ثمَّ صالح على سكنى بيتٍ[٤] منها شهرًا ثمَّ آجر من المصالح أنه يجوز؛ لأنَّه يجوزه استيفاء، وسكنى الدَّار استيفاءً بحكم ملك رقبة الدَّار يقبل الإجارة من الذي كانت الدَّار في يده.

وإنَّما يجوِّز أبو يوسف على أنه استوفى سكنى كانت له وترك[٥] البقية عليه، وجوزه لأنا نبني جانب المنكر على أن القول قوله، وأنه يملكه، لا من جهة المدَّعي، ونبني[٦] جانب المدَّعي على أنه محقٌّ، وبقدر ما أخذ أخذ ما كان له، ولهذا لم نبطله بالموت، بخلاف الإجارة المحضة.

وكذلك لو صالح على منافع دارٍ أخرى لم يبطل بالموت؛ لأن معنى

---

[١] «ص» (وإذا كان أمرا).

[٢] «ص» (تنبني على محض الإسقاط).

[٣] في حاشية «أ» (بدلا).

[٤] «أ» «ن» (ثبت)، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٥] «ص» (وبدل).

[٦] «ص» (وينبني).

الاستيفاء غير منقطع، وإن كان بدلًا آخر على ما ذكرنا[١].

بخلاف الموصى له بخدمة عبدٍ، فإنه لا يورث عنه إذا مات؛ لأن ملكه ملكٌ مبتدأٌ بالوصيَّة في الأحوال كلِّها، وإن أثبتنا حق الوصيَّة في الرَّقبة في حقِّ الميت والورثة؛ لأنَّه من أهل أن يملك المنفعة ابتداءً، إنَّما الميت لا يقدر عليه ابتداءً بعد الموت، كما لا يملك بالإجارة، فصار المستحق بالصُّلح من المنافع في تعلُّق الحقِّ بالرَّقبة أقوى من الوصيَّة على أصل أبي يوسف.

وأما إذا صالح على لبس ثوبٍ أو ركوب دابَّةٍ، ثمَّ مات المصالح فمن مشايخنا من يقول: المسألة على الاختلاف، ولا تبطل على أصل أبي يوسف، ومنهم من يقول: تبطل بعدم المستوفى[٢]؛ لأن النَّاس يتفاوتون لبسًا وركوبًا.

ألا ترى أنه في حال حياته لا يملك أن يُلبس غيره، أو يُركب[٣] فكذلك بعده[٤]، وإذا عدم المستوفى عدم التسليم، فيبطل، كما لو غصبه الذي أعطاه صلحًا حال حياته.

وهذا كما قالوا فيمن اشترى عبدًا، ثمَّ أقرَّ أن البائع دبَّره، فإن العبد يبقى موقوفًا مدبَّرًا؛ لأن الإقرار عليه نافذ، ولو أقرَّ أن البائع كاتبه وأنكر البائع بطلت الكتابة؛ لأن الأداء يفوت لعدم من يستوفيه، والعجز عن الأداء يبطل الكتابة.

ولا يلزم[٥] إذا صالح عن الدَّعوى في الدَّار على سكنى بيت أبدًا أو على

---

[١] «ص» (قلنا).

[٢] «ص» (لعدم المستوفي).

[٣] «أ» (ركب)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] في «ص» وحاشية «أ» (بعد موته).

[٥] «ص» زيادة (على هذا).

الشرب أو علىٰ مسيل الماء، فإنه لا يجوز علىٰ[١] طريق الاستيفاء من الملك ليستحق[٢] هذه الحقوق؛ لأن الاستيفاء من المستحق عليه لا يتصوَّر إلا أن يكون المستوفىٰ معلومًا؛ لأنَّه يكون بيده، وما يدخل تحت يده يصير معلومًا بإحاطة يده عليه، وسكنىٰ الدَّار أبدًا مجهولة، وكذلك سيلان[٣] الماء، فلا يمكننا تصحيح المسمَّىٰ حقًّا له كأنه في حكم المستوفىٰ.

فأما إذا اشترىٰ دارًا فله استيفاء منافعها أبدًا، ولكنها لا تصير مستوفاة حكمًا ما لم يستوفها، وإذا استوفاها[٤] صارت معلومةً، وههنا بالعقد يصير المسمَّىٰ في حكم المستوفىٰ، فلابدَّ من أن يكون معلومًا لتصح التسمية اعتبارًا بالمستوفىٰ حقيقة.

وعلىٰ هذا: مسألة الصُّوف علىٰ ظهر الغنم، فإن الدَّعوىٰ متىٰ كانت[٥] في كل الشَّاة كان الصُّلح بالصُّوف استيفاء لبعض حقِّه، وتركًا للباقي، كما إذا ادَّعىٰ بيتًا، ثمَّ صالح علىٰ سكناه شهرًا، فهذه المسألة وتلك[٦] سواء.

وأما إذا صالح علىٰ صوف شاةٍ أخرىٰ فلا رواية فيه، ولكن علىٰ قياس قوله فيما مضىٰ ينبغي[٧] أن يجوز؛ لأن معنىٰ الاستيفاء وحكمه لا يسقط عن البدل، وإن كان غير الذي ادعاه.

---

[١] «ص» (وعلىٰ).

[٢] «ن» «ص» (يستحق).

[٣] «ن» (بسيلان).

[٤] «أ» (استوفاه)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٥] «أ» «ن» (وقع)، والمثبت من «ص».

[٦] «ص» زيادة (المسألة).

[٧] «ص» (يجب).

وإذا ثبت [هذا][١] وكان يجوز[٢] بدون الحقِّ لم يمتنع ثبوته لجهالة موضع الجزِّ، والتفاوت الذي يقع بالجزِّ؛ لأن مبنى الصُّلح على المساهلة لما كان تجوزًا[٣] بدون الحق.

بخلاف البيع؛ لأنَّه للتمليك ابتداءً على سبيل المماكسة والمضايقة وطلب الربح، ففسد بجهالة موضع الفصل حتى إذا كان موضع الفصل معلومًا صحَّ، كبيع الزرع والبقل والقوائم والأشجار التي يكون موضع قطعها معلومًا.

ألا ترى أن هبة الصُّوف جائزة إذا سلَّطه على الجزِّ؛ لأن الملك يقع فيها بعد القبض من غير مضايقة تكون بين العاقدين؛ لأن الموهوب له لا يلتزم شيئًا ليضايقه، فتلك الجهالة القليلة لم تمنع انعقاد العقد على الصِّحَّة، وتم بالقبض إذا سلَّطه عليه.

بخلاف الصُّلح على اللَّبن الذي في ضرع الشَّاة[٤]؛ لأن اللَّبن في حكم العدم في حق الماليَّة ما لم يحلب، كالولد سواء، ولهذا يحدث اللَّبن أمانةً عند غاصب[٥] الشَّاة كالولد، ولو كان مالًا قبل الحلب لصار مضمونًا بالغصب، كسائر أجزاء الشَّاة، فكان إذا انفصل انفصل مضمونًا، كحنطة في الجوالق.

وهذا لأن المال ما ينتفع به، ولا انتفاع [إلا][٦] بالوصول إليه، وما خلق

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن».

[٢] «ص» (مجوزا).

[٣] «ص» (مجوزا).

[٤] «ص» (في الضرع).

[٥] «ص» (صاحب).

[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

باطنًا في الأصل عن أيدينا فلا يثبت[١] له حكم الماليَّة في حقِّنا حتىٰ يظهر ويصير بحالٍ يثبت فيه حكم الأيدي.

وإذا كان كذلك صار بمنزلة الصُّلح علىٰ ما يخرج نخله[٢] العام، وقد مر جوابه.

وعلىٰ هذا القول يجب أن لا يجوز هبة اللَّبن في الضرع وإن سلَّطه علىٰ الحلب، كما لا يجوز هبة الدُّهن في السِّمسم وإن سلَّطه علىٰ العصر، وهو أصحُّ روايتي كتاب الهبة، والله أعلم.

|١١٤١| مسألةٌ: قال أبو حنيفة - رحمه الله - في رجلين بينهما عبدان، فتهايآ علىٰ أن يستعمل[٣] أحدهما هذا العبد شهرًا، وهذا[٤] شهرًا لم يصحَّ.

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله -: يصحُّ.

فمن مشايخنا من بنىٰ هذه المسألة علىٰ قسمة العبد[٥] جميعًا أنها لا تصح عند أبي حنيفة - رحمه الله -.

وعندهما: تصح.

إلا أن هذا ساقط العبرة[٦]؛ لأن القسمة صحيحة جمعًا بالتراضي[٧]، ولأن

---

[١] «ص» (يتبين).
[٢] «ص» (له).
[٣] «ص» (يستغل).
[٤] «ص» (وهذا هذا العبد).
[٥] «ص» (العبيد).
[٦] «ص» (ألا ترىٰ أن هذا ليس بمستقيم).
[٧] «ص» (تجوز بالتراضي).

الاختلاف ثابت في الدَّارين في باب القسمة، والمهايأة بين دارين على هذا الوجه جائزةٌ في قولهم جميعًا.

ومنهم من جعل هذه المسألة ابتداءً.

واحتج لهما بأن المهايأة بين العبدين انتفاعًا جائزة بالإجماع يكون[١] هذا [العبد][٢] عند هذا فيخدمه شهرًا، وهذا عند هذا فيخدمه، فكذلك يجوز استقلالًا[٣].

دليله الدَّاران؛ لأن المهايأة في الحالين قسمة المنافع، والقسمة بجمع نصيب كل واحدٍ منهما في مكانٍ واحدٍ على سبيل المعادلة، لا لمبادلة مبتدأة على ما عرفت، فلما صحَّت المهايأة انتفاعًا تبيَّن أن المعادلة قائمةٌ للحال، فصحَّت المهايأة كذلك استقلالًا[٤] لقيام المعادلة.

بخلاف العبد الواحد، فإن المهايأة للاستقلال[٥] لا يجوز زمانًا، نحو أن يؤاجر هذا يومًا، وهذا يومًا، ويجوز انتفاعًا؛ لأن القسمة زمانًا لجمع المنافع في الزَّمان دون المكان، والمعادلة غير ثابتة زمانًا؛ لأن إجارة الحيوان لا تدوم، خاصَّة إجارة الآدمي، بل تكون في وقت دون وقت لضعف الحيوان عن تحمُّل ذلك على الدوام، ألا ترى أن السفر إذا طال لم يدم السير، بل ينقطع كل حين

---

[١] «ص» (بكون).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (استغلالا).

[٤] «ص» (استغلالا).

[٥] «ص» (للاستغلال).

لإراحة الدواب، وكذلك [الذي][١] يعيش بإجارة نفسه لا يداوم عليها أبدًا، بل يتركها أحيانًا بلا عارض آفة، ولكن لعدم احتمال ذلك العمل بتلك البنية[٢].
وإذا كانت العادة ظاهرةً بما قلنا لم تعتدل الأزمنة كلها في وجود عمل العلَّة من الحيوان فيها، ففات شرط القسمة، فلم يجز.

وأما إذا تهايآ في العبد الواحد بشرط الاستخدام كان جائزًا؛ لأن العبد مما تدوم منه الخدمة، وكذلك سائر الحيوانات يدوم منها[٣] الانتفاع بها على ما يحتاج صاحبها إليه لمصالحه[٤]، لا للاكتساب عليها؛ لأن هذا العمل يكون أخف وأقل من عمل[٥] الغلة والكسب على ما عرف من عادات النَّاس، فإن العلَّة[٦] لطلب زيادة، ولا نهاية لها، والخدمة لمصالح تقع وتعرض، ولها نهاية، وربما تقع، وربما لا تقع[٧].

ألا ترى أن كل نفس تقوم بمصالح بينه[٨] ولا يقدر على أن يكسبه بمنافع نفسه[٩] من حيث الإجارة إلا أولو الضَّرورة، وإنَّما يكون العجز عن القيام بهذه المصالح لآفة تعترض[١٠] من مرض ونحوه، وهذه الآفات معدومة[١١]، فلا يعتبر

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[٢] «أ» «ن» (البينة)، والمثبت من «ص».
[٣] «ص» (فيها).
[٤] في «أ» و«ن» (لمصالحة). وليست في «ص».
[٥] في حاشية «أ» (قلة العمل).
[٦] كذا في الأصول ولعلها (الغلة).
[٧] «أ» «ن» (تعترض وتقع لها نهاية، وربما يقع وربما لا)، والمثبت من «ص».
[٨] «ص» (نفسه). لم تضبط بالنقط في «ن». ولعل الأقرب ما في «ص».
[٩] «ص» (محضة).
[١٠] «ص» (تعرض).
[١١] في «ص» وحاشية «أ» (موهومة).

حكمها ما لم يقع، فأما العجز عن عمل الإجارة فبحكم البنية[١]، فكانت معتبرة.

وإذا كان كذلك لم يلزم هذه المسألة نقضًا؛ لأنا جعلنا قسمة المنافع للخدمة علَّة لجوازها علَّة لتساويهما في المعادلة، فإذا افترقا في المسألة الثَّانية بالمعادلة عُدم الحكم عند عدم دليل التسوية، فيكون دليلًا على التقوية.

ولا معنى لقولكم: إن المعنى الذي ذكرنا في العبد الواحد هو الذي يُفسد في العبدين؛ لأن تلك القسمة تجمع المنفعة في مكان واحد، وهو العبد، وحال القسمة هو حال الجمع والإقرار، وقد يقع بين العبدين مساواةٌ في منفعة الاستقلال[٢] في زمنٍ واحدٍ، ولكن يتوهَّم زوالها في المستقبل، فلم يعتبر الموهوم على ما ذكرنا، وإنَّما يعتبر إذا كانت القسمة زمانًا فإنه للحال لما كان مبنيًا أمره على التغير[٣] في حقِّ عمل الإجارة بلا آفةٍ صار عدم المعادلة بين الزَّمان والزَّمان أصلًا.

بخلاف الدَّار الواحدة، فإنه جائزٌ المهايأةُ بينهما استقلالًا زمانًا أو مكانًا؛ لأن الدَّار يدوم حالها في السكنى بعلَّة وبغير علَّة، ما ينقطع إلا بآفة خراب وهي موهومة لا تعتبر.

ولأبي حنيفة - رحمه الله - أن العوارض المفسدة في باب المنافع كالمقارنة كما في الإجارات؛ لأن المنافع تحدث ساعة فساعة[٤]، وعند الحدوث يصحُّ التَّصرُّف فيها قسمة كانت أو إجارة وتمليكًا جديدًا.

---

[١] «أ» «ن» (البينة)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (الاستغلال).

[٣] «ص» (التعبير).

[٤] «ص» (بساعة).

ثم كان مبنى العبد على أن لا يدوم عمله عمل الإجارة، ولا يعتدل حال هذه المنفعة منه في الأزمنة على ما ذكرت على ما عليه جبلته لا بعارض آفةٍ صار عدم الاعتدال في الأزمنة أصلًا في هذا العمل الذي وقعت القسمة عليه، وقسمة المنافع لهذا شهرًا في هذا العبد، ولهذا في هذا العبد تناولت الأزمنة مع ما أنها تناولت [منافع][1] العبد فجمعت حقَّه في منافع هذا العبد الذي سمي له، وفي شهر[2] أيضًا، ثمَّ المعادلة وإن وجدت للحال[3] بين العبدين فما وجدت فيما يحدث من المنافع في سائر الأوقات، والشَّرط قيام المعادلة في الكل لما ذكرنا أن التَّصرُّف في حكم المتجدِّد كل ساعة كما في الإجارات، وإذا لم يوجد لم يصحَّ، كما في العبد الواحد ما بينهما فرق. ألا ترى أنه في الدُّور لما صحَّت المهايأة في دارين صحَّت في دار واحدة، فصار الأصل[4] واحدًا بينهم، والتخريج مختلفًا.

|١١٤٢| **مسألةٌ**: رجلان لهما ستمائة درهم على رجل[5]، لأحدهما الثُّلثان، وللآخر الثُّلث، فقبض صاحب الثُّلث مئة، ثمَّ أبرأه عن المائة، ثمَّ جاء الشَّريك يطلب منه نصيبه= كانت القسمة بينهما أثلاثًا كما قبل الإبراء.

لأن حق الردِّ على الشَّريك يلزمه بالقبض؛ لأنَّه من وجه قابضُ حقٍّ مشتركٍ بينهما؛ لأنَّه قبض الدَّين، وأصل الدَّين مشترك، فهو من هذا الوجه كأنه قبض

[1] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[2] «ص» (وفي هذا الشهر).
[3] «ص» (في الحال).
[4] «أ» «ن» (الأجل)، والمثبت من «ص».
[5] «ص» (آخر).

عينًا لهما مشتركًا[١] عند رجل، فإنه لا يكون قسمة على الغائب، ويكون المقبوض بينهما.

إلا أنا جعلنا كلَّ المقبوض للقابض ما لم يرجع عليه الشَّريك؛ لأن القبض لاقى[٢] ملك المديون لأن الدَّين مشترك، والمقبوض[٣] ملكه على الخصوص فنفذ؛ لأنَّه هو المالك، ومن هذا الوجه ما للشريك أن يشاركه فيما قبض، فثبت أن المشاركة بالجهة الأولى، وذلك يوجب الرد بالقبض[٤]؛ لوقوعه على نصيب نفسه[٥] ونصيب شريكه، فاعتبرت الشركة حال القبض، وحال القبض كانت الشركة بينهما أثلاثًا.

ألا ترى أنه لو لم يبرئه حتى جاء الشَّريك وأخذ منه ثلثي ما قبض، ثمَّ أبرأ الغريم عن البقية= لم يكن للشريك أن يرجع عليه بشيء، وهذا قول أبي يوسف ومحمد.

رجع أبو يوسف وقال: القسمة بينهما أخماسًا كأنه قبض، وله مائة ولشريكه أربعمائة؛ لأن الشَّريك لا يرجع عليه بحكم قبضه؛ لأن الدَّين لا يستوفى من الدَّين حتى يقال: إنه يخرج مشتركًا كما كان، وإنَّما يستوفى من عين خلص[٦] ملكًا للغريم، لا شركة فيه لأحد، وقد أعطاه بنصيبه، ونصيبه خالصٌ له تسميةً

[١] «ص» (مشتركة).

[٢] «أ» (لا في)، ولم تضبط في «ن». والمثبت من «ص».

[٣] في «ص» وحاشية «أ» (والمديون).

[٤] في حاشية «أ» (بالحصص).

[٥] «ص» (نصيبه).

[٦] «ص» (حصلت).

كنصيبه من عبدٍ مشتركٍ بينه وبين غيره يخلص تسميةً[١] له، حتىٰ إذا باع نصيبه بدراهم لم يكن للآخر فيها شركة بوجه.

فكذلك إذا أخذ نصيبه من الدَّين مالًا[٢] من المديون من جنس حقِّه أو خلاف الجنس كان يجب أن يخلص له، ولا يكون لشريكه فيه شيءٌ بحكم القبض والتَّصرُّف، ولكنه بحاجة، فيقول له: كنا شريكين في أصل الدَّين، وبهذا الاستيفاء ازداد[٣] حقُّك علىٰ حقِّي؛ لأن حقَّك تعيَّن[٤]، وحقِّي دين، والعين أفضل من الدَّين، فلا نسلم لك هذه الزِّيادة؛ لأن الشركة توجب المساواة بيننا[٥]، فلم يجز أن يزداد حقك باستيفاء نصيبك وسلم لك، فثبت له حق المشاركة ليستويا.

وإذا كان الرجوع ثابتًا له بحكم عدم المساواة، وهذه المفاضلة ليست بقبض، بل هي قائمة صفة للمقبوض، كان الرجوع عليه بعلَّة قائمة بعد القبض حتىٰ[٦] الرجوع، فاعتبرت الشركة حال الرجوع، لا حال القبض، وحال الرجوع السهام بينهما أخماس، وكلا الوجهين حسن.

|١١٤٣| **مسألةٌ:** ولو كان لرجل علىٰ رجل مئة درهم وعشرة دنانير، فصالحه علىٰ مائة درهم وعشرة دراهم علىٰ أن ينقد[٧] خمسين، والباقي إلىٰ

---

[١] «ص» (بسببه).

[٢] «ص» (بأمر).

[٣] «ص» (إذا زاد).

[٤] «ص» (لأنه بعين).

[٥] «أ» «ن» (بينهما)، والمثبت من «ص».

[٦] «أ» «ص» (حين)، والمثبت من «ن» وحاشية «أ».

[٧] «أ» (ينفذ).

شهر، ونقد الخمسين في المجلس= جاز عند أبي يوسف.

وقال محمد: لا يجوز.

لأن الأجل إن انصرف شائعًا إليهما كان صرفًا ببدل مؤجَّل، فلا يجوز، وإن انصرف إلىٰ الدَّين كان صرفًا بشرط تأجيل الدَّين، فيكون شرطًا فاسدًا معتبرًا، فيبطل الصَّرف.

بخلاف ما لو صالحه علىٰ كرٍّ حنطة يعطيها للحال، وعشرة بعد شهر، وعجَّل الكُرَّ فإنه يجوز؛ لأنَّه لم يجعل تأجيل العشرة شرطًا في الصُّلح بأن جعله عطفًا عليه.

إلا أن أبا يوسف يقول: إن قبض حصَّة الصَّرف مستحقٌّ في المجلس شرعًا، وقبض حصَّة الدَّين: لا، فالقبض الموجود ينصرف[١] إلىٰ حصَّة الصَّرف، والأجل المؤخر إلىٰ حصَّة الدَّين ليكون التَّصرُّف علىٰ حسب ما استحقَّ[٢] عليه.

كما إذا اشترىٰ قُلب فضَّة وزنه عشرة، وثوبًا قيمته عشرة [كلاهما][٣] بعشرين، ثمَّ قبض عشرة انصرف إلىٰ حصَّة الصَّرف، فإذا لم ينصرف الأجل إلىٰ حصَّة الصَّرف كما لم ينصرف إليه ترك القبض كان الصَّرف صحيحًا لولا الشَّرط، فلم يجز أن يبطل بذلك[٤] الشَّرط، لما ذكرنا أن في بدل الصُّلح معنىٰ الاستيفاء، وأنه متىٰ لم يجز تمليكًا مبتدأً، وجاز استيفاءً اعتُبر به، ومن استوفىٰ بعضه[٥]

[١] «ن» (يتصرف).

[٢] «أ» (استحقه)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (لمعنىٰ).

[٥] «ص» (بعض حقه).

بشرط تأجيل البقية، أو جرىٰ الصُّلح علىٰ أن يعجِّل اليوم بعضه، والباقي يكون إلىٰ أجل شهرٍ كان صحيحًا، فكذلك هذا.

|١١٤٤| **مسألةٌ**: أحد الشَّريكين إذا أخذ عن نصيبه من الدَّين شيئًا آخر صلحًا، ورجع الشَّريك عليه يخيَّر إن شاء أعطاه نصف ما أخذ، وإن شاء أعطاه ربع أصل الحقِّ.

وقال زفر: يلزمه ربع أصل الحقِّ.

لأنَّه إنَّما يضمن بحكم الاستيفاء، فصار كما لو اشترىٰ بنصيبه شيئًا.

إلا أنا نقول: إن الاستيفاء بالصُّلح استيفاء بدون الحق علىٰ ما مرَّ، ثمَّ الشَّريك إنَّما يرجع عليه لأن حقَّه ازداد بالقبض، ولو ضمَّنَّاه أصل الحق لتضرر به المستوفي؛ لأنَّه استوفىٰ صلحًا بدون الحق، فلا تلزمه الزِّيادة إلا أن يشاء[١] كما إذا استوفىٰ نصيبه زيوفًا، أو صالح عن نصيبه علىٰ أقل، فأما الشِّراء فمبناه علىٰ المماكسة، لا التجوز بدون الحق، فيصير مستوفيًا بالشِّراء تمام نصيبه، فيغرم[٢] لشريكه نصف ذلك كما لو استوفىٰ دراهم.

|١١٤٥| **مسألةٌ**: إذا أتلف أحد الشَّريكين متاعًا للغريم يساوي نصيبه من الدَّين لم يضمن لشريكه شيئًا عند أبي يوسف.

وقال محمد: يضمن ذكر الاختلاف في شركة العنان، وفي بعض روايات[٣]

---

[١] «أ» «ن» (يشاءه)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (فيضمن).

[٣] «ص» (زوائد).

كتاب الصُّلح .

لأن نصيبه لما سقط بإزاء الضَّمان صار كأنه أدَّىٰ، ولو أدَّىٰ ملك المضمون، فكذلك ههنا، ولما ملك المضمون صار بمنزلة ما لو صالح عليه لو غصب[١] ، ثمَّ أتلفه، والمسألة بحالها.

ولأنَّه يضمن علىٰ أصل محمد بحكم استيفاء المشترك علىٰ ما بيَّنَّا في مسألة القسمة أثلاثًا أم أخماسًا، وبالإتلاف يصير مستوفيًا بحكم مقاصَّة الضَّمان بالضَّمان.

وأما علىٰ أصل أبي يوسف فإنَّما يجب الرجوع عليه؛ لأنَّه ازداد حقُّه بالتَّعين، ولا تعيُّن فيما نحن فيه، أما الدَّين فلم يقبضه، وأما المتاع وإن صار في حكم المملوك له بالضَّمان فإنَّما يصير بالإتلاف الذي هو سببه، والملك وهو[٢] حكمه يقع بعده لا محالة، وهو ليس بعين، فما تعين له ملكٌ بسبب هذا الاستيفاء، ولم يزدد حقُّه به، فلا يضمن، فتصير هذه المسألة فرعًا لتلك المسألة.

وصار كما لو جنىٰ علىٰ الغريم جنايةً يبلغ أرشها قدر نصيبه، [وكما لو صار][٣] قصاصًا بدينٍ عليه مؤجَّلٍ لغريمه ثبت له عليه قبل دينهما، فإنه لا يضمن لشريكه شيئًا؛ لأن الآخر يكون قضاءً[٤] عن الأوَّل بحكم المقاصَّة، فيصير هذا الشَّريك بنصيبه قاضيًا، لا مقتصًّا[٥]، والتعين بالاقتضاء، لا بالقضاء، فأما إذا

---

[١] «ص» (أو بحصته).

[٢] «ص» (الذي هو).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (قصاصا).

[٥] «ص» (مقضيا).

كان دينه آخرًا ضمن ؛ لأنَّه صار مقتضيًا نصيبه بالآخر ، والآخر كان عينًا مملوكًا في يده.

وكذلك لو كان غصبه ثمَّ أتلفه ؛ لأنَّه يملك من حين الغصب ، وكان عينًا في يده بعده[١] إلىٰ أن غاب عن يده أو تلف.

وكذلك لو كان الغريم امرأة ، فتزوجها أحدهما بنصيبه من الدَّين لم يضمن شيئًا لشريكه ؛ لأنَّه استفاد به ملك النِّكاح لأنَّه يتعلق بعين الدَّين كالصُّلح ، وملك النِّكاح ليس بمال.

❁ فإن قيل: أليس المقارض[٢] إذا أقرَّ بضمان الاستهلاك أخذ الشَّريك به ؟

وكذلك العبد المأذون يؤاخذ به ، كما لو أقرَّ بثمن المبيع[٣] وضمان الغصب ، ولم يكن بمنزلة المهر والجناية.

❁ قلنا: إنَّما لم نقل[٤] إنه ليس بضمان تجارة ، وكيف وقد ملك به ما هو مال؟ ولكن قلنا: لم يتعين المملوك به في يده ، وبحكم التعين ما يضمن ، علىٰ أنه قد قيل: إن مسألة المقارضة[٥] علىٰ قول محمد خاصَّة.

---

[١] «ص» (عينا عنده).

[٢] «أ» «ن» (المعاوض) ، والمثبت من «ص».

[٣] «ن» «ص» (البيع).

[٤] «ص» (نقبل).

[٥] «أ» «ن» (المعاوضة) ، والمثبت من «ص».

|١١٤٦| مسألةٌ: أحد الشَّريكين في الدَّين إذا أخَّر نصيبه من الدَّين إلىٰ شهرٍ لم يصحَّ عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد[١]: يصحُّ.

لأنَّه تصرّف في خالص حقِّه بالتَّأخير، فيصحُّ، كما لو خلص الدَّين له. ولأن التَّأخير دون الإبراء، فلما ملك الإبراء، ولم يحجر بالشركة، فالتَّأخير[٢] أَوْلىٰ.

وإنَّما قلنا: تصرّف في خالص حقِّه؛ لأن نصيبه من الدَّين مشاعًا خالص له، كما يخلص له[٣] إذا كان عينًا بينه وبين غيره، والتَّأخير لاقىٰ[٤] نصيبه وحده، فنفذ، كما لو[٥] لم يكن شركة[٦]. ألا ترىٰ أنه لو كان بينهما عبد، فباع نصيبه صحَّ، وكذلك لو وهب أو تصرّف بما لا يتعدىٰ إلىٰ نصيب شريكه، فكلُّها تنفذ، كما لو لم يكن ثمَّ شركة، فكذلك الآن.

دل عليه لو أقرَّ أحدهما[٧] بأن الدَّين كان مؤجَّلًا ثبت في نصيبه وحده[٨]. وكذلك لو أحال أحدهما بنصيبه علىٰ رجلٍ صحَّ؛ لأن التَّصرُّف كلَّه يلاقي خالص حقِّه.

---

[١] «ص» (وعندهما).

[٢] «ص» (فبالتأخير).

[٣] «ص» زيادة (مشاعا).

[٤] «ص» (لا في).

[٥] في حاشية «أ» (لم يكن له).

[٦] «أ» (كما لو تم شركة). «ن» (كما لو ثم شركة). والمثبت من «ص».

[٧] زاد في «أ»، «ن» (تأكد)، والأقرب أنها مقحمة لتمام المعنىٰ بدونها، والله أعلم.

[٨] «ص» (وحقه).

وكذلك لو قبض أحدهما يصحُّ من هذا الطريق حتىٰ يصير ملكًا له قبل إجازة الآخر ؛ لأنَّه يستوفيه من عين[١] مملوك للغريم خالصًا ، لا من أصل مشترك بينهما ، فلم يكن القبض ملاقيًا حقَّ الشَّريك ، فنفذ.

واحتج أبو حنيفة في الكتاب ، فقال: إنه بالتَّأخير يسقط[٢] مؤنة القبض كلِّه علىٰ الشَّريك ، فيصير مضمونًا[٣] عليه ، فلا ينفذ ، كما لو كاتب نصيبه من العبد لم ينفذ ؛ لأن ضرر الكتابة يلتحق بشريكه.

وتفسير هذا الكلام أن التَّأخير متىٰ صحَّ كانت مؤنة القبض فيما بقي علىٰ الشَّريك ، لا حصَّة له فيها ، وإذا قبض ثمَّ حلَّ الأجل شاركه هذا المؤخّر[٤] فيما قبض ، ثمَّ أخر[٥] نصيبه ، فلا يزال يفعل هكذا حتىٰ تصير مؤنة القبض كلُّها علىٰ الشَّريك بحكم الملك ، وإنَّما كان عليه ذلك في النِّصف ، وهذا بالتَّأخير نقله إلىٰ الكلِّ ، فمن هذا الوجه يصير متصرفًا علىٰ شريكه ، فلم يجز.

ولا يلزم علىٰ هذا إذا ترك الطَّلب ولم يؤخر[٦] ، فإن الشَّريك إذا طلب [وقبض شاركه ، ثمَّ إذا طلب][٧] وقبض شاركه ، حتىٰ يصير الكلُّ مقبوضًا بطلبه ؛ لأن المؤنة لا تلتحق بالقابض بتصرف هذا الآخر ؛ لأنَّه ساكت لم يوجد منه شيءٌ ، وذلك السكوت لم يجعل الطَّلب خالصًا علىٰ الباقي[٨] ، بل هو مشترك

---

[١] «أ» «ن» (غير) ، والمثبت من «ص».
[٢] «أ» (سقط) ، والمثبت من «ن» ، و«ص».
[٣] في «ص» وحاشية «أ» (متصرفا).
[٤] «ص» (المؤجر).
[٥] «ص» (آجر).
[٦] «ص» (يؤجر).
[٧] ما بين [ ] ليس في «أ» ، والمثبت من «ن» و«ص». وفي «أ» (تم)
[٨] «ص» (التأخير).

بينهما ، وإنَّما اجتمع علىٰ الآخر باختياره الطَّلب ، فكان ضررًا هو الذي ألحقه بنفسه .

فأما إذا أخَّر أحدهما فقبل الطَّلب حكمنا بأن لا مطالبة إلا لهذا الباقي ، ولا يزال يدور هكذا حتىٰ تجتمع عليه كلُّ المطالبة بتصرُّفه ، سواءٌ استوفىٰ هذا الباقي أو لم يستوف .

وصار مثال هذا مثال جدارٍ بين رجلين أراد[١] أحدهما يتصرف من قِبله أن يجعل مؤنة العمارة علىٰ الآخر لم يقدر ، فإن لم يعمّر حتىٰ انهدم واحتاج الآخر إلىٰ حقِّه فعمّر الكلَّ صارت عليه ، ولكن باختياره ، لا بتصرف شريكه .

❊ **فإن قيل**: هذا الطَّلب كلُّه يصير عليه حكمًا ، لا قصدًا ؛ لأنَّه حين أخر[٢] فما عليه إلا طلب نصيبه خاصَّة ، وكان عليه ذلك قبل تأخيره ، إلا أنه لما استحق عليه نصف ما قبض عاد حقُّه إلىٰ نصف ما لم يقبض حكمًا للاستحقاق ، وهذا الاستحقاق عليه ما ثبت بتأخير الآخر ، فإنه لو قبض قبل تأخيره كان الحكم هكذا ، فثبت[٣] أن الضَّرر[٤] لا يلحقه بنفس التَّصرُّف ، ولكن حكمًا لنفاذه في ملكه .

فأشبه مَن حفر بئر بالوعة في داره فصار يتضرر بما يجتمع فيها[٥] جاره ، أو اتخذ رحًىٰ فصار يتضرَّر بحركتها بناء جاره ، فلم يكن معتبرًا .

---

[١] كذا في الأصول ولعلها (إذا أراد) .

[٢] «ص» (آجر) .

[٣] «ص» (فتبين) .

[٤] «أ» (الضرورة) ، والمثبت من «ن» و«ص» .

[٥] «ص» (يخرج منها) .

۞ قلنا: لو كان اجتماع الطَّلب عليه حكمًا لقبضه لكان يكون هكذا، ولكن بتأخيره ما يجتمع عليه القبض في الكلِّ؛ لأنَّه بالتَّأخير يجعل الباقي خالصًا للآخر في حق الطَّلب، ولا يخلص له إذا استوفى على ما عليه الدَّين المشترك أنه في حكم استيفاء أصلٍ مشتركٍ على اختلاف الأصلين، ولما كان في حكم المشترك استيفاءً، والمقصود من الدَّين حال الاستيفاء، والشركة لا ينقطع حكمها حال الاستيفاء، والطَّلب يجتمع[١] عليه في ذلك بتأخيره صار بمعنى تصرّف يلاقي حقَّ الآخر بنفسه، لا أداءً إليه بحكم البقاء.

بخلاف ما إذا أبرأ عن نصيبه؛ لأنَّه لا يبقى له حق في نصيب الآخر، وكذلك لو قبض.

وكذلك لو أحال فإن الآخر يخلص له ما بقي دينًا وعينًا إذا قبضه لا يشاركه المحتال فيه، إلا أن تنتقض[٢] الحوالة فيعود الدَّين إلى المكان الأول، فيعود حكم الشركة بالانتقاض[٣].

وفي مسألتنا هذه يعود حكم الشركة بحلول الأجل وتقرره[٤]، لا بانتقاضه، فلا يضاف وجوب المشاركة إلى حلوله وتناهيه؛ لأن تناهيه يوجب تقرر حكمه، لا رفعه.

بخلاف ما لو أقرَّ أحدهما بالأجل؛ لأنَّه ليس بتصرف مبتدإٍ في نفسه، حتى لو كان صادقًا لم يكن الثبات بقوله، ولو كان كاذبًا ما ثبت أيضًا.

---

[١] «ص» (يحرم).

[٢] «أ» «ن» (ينتقض)، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» «ن» (بالانتقاص)، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (وبقدره).

ألا ترىٰ لو أقرَّ لرجل بخمر صحَّ ، ولا يصحُّ تمليكها ابتداءً ، وكذلك الدَّين في الذمَّة .

وإذا كان كذلك صار من[١] زعمه أن الدَّين كلَّه مؤجَّل ، وأن القبض عليهما في حينه[٢] ، وأن الآخر إذا لم يصدقه فهو الذي استخلص المؤنة علىٰ نفسه بتكذيبه ، وردُّه موجبٌ قولَ الآخر .

وعامة مشايخنا يحتجون في المسألة أن التَّأخير يؤدي إلىٰ قسمة الدَّين قبل القبض ، وذلك باطل[٣] .

ألا ترىٰ أن الدَّين لو كان دراهم ودنانير ، فجعلا الدَّراهم لأحدهما والدنانير للآخر لم يكن ذلك شيئًا .

ولأنَّه لو قبض الآخر نصيبه ثمَّ حلَّ الدَّين ، أو لم يقبض حتىٰ حلَّ الأجل كان علىٰ حكم الشركة ، ولو ثبتت القسمة لم يبق حكم الشركة .

والدليل علىٰ أنه يؤدي إلىٰ القسمة أن حق أحدهما حال[٤] ، والآخر مؤجَّل ، ولا شركة بين الحال والمؤجل ، وكيف يكون بينهما شركة وأحدهما في وقتٍ ، والآخر في وقتٍ آخر ؟ ولابدَّ للشركة من اتحاد المحلِّ .

ولأن أحدهما لو كفل لصاحبه عن المديون لم يصحَّ ؛ لأنَّه يؤدي إلىٰ القسمة ، لأن الكفالة لا تصحُّ ما لم تكن من أجنبي عن الدَّين لصاحب الدَّين ،

---

[١] «ص» (في) .

[٢] «أ» (جنسه) ، والمثبت من «ن» و«ص» .

[٣] «ص» (وإنه محال) .

[٤] «ص» (معجل) .

والشَّريك ليس بأجنبي ؛ لأنَّه ما من جزء إلا وهو مشتركٌ بينهما ، فلما أدت صحَّة كفالته إلىٰ القسمة لم يجز ، ولو كفل به أجنبي صحَّ.

وهذا كلامٌ ظاهر الاختلاط[١] ؛ لأن أبا يوسف ومحمداً يقولان: التَّأجيل لا يوجب القسمة ؛ لأنَّه تصرّف في المطالبة دون أصل الدَّين ، فأصل الدَّين يبقىٰ علىٰ ما كان مشتركًا بينهما ، وبالتَّأخير تتغيَّر صفة نصيب أحدهما بأن لا يبقىٰ مطالبًا للحال ، وتغيُّر صفة النَّصيب لا يدلُّ علىٰ انقطاع[٢] الشركة.

ألا ترىٰ أن أحدهما لو أقرَّ بأن نصيبه لفلانٍ صحَّ ، وقد تغيرت صفة الملك ، فإنه كان مضافًا إليه ، والآن يضاف إلىٰ غيره ، وكذلك لو كان عينًا لا يحتمل القسمة ، فوهب[٣] أحدهما نصيبه وسلَّم صحَّ ، والشركة باقية ، وقد تغيَّر المالك وتغيَّرت الصِّفة ؛ لأن حكم الهبة يخالف حكم ملك الشراء ، وكذلك لو باع نصيبه والأصل ميراث جاز.

فكذلك فيما نحن فيه إنَّما يتغيَّر حكمه ، فإن التَّأجيل[٤] حكم ، والحلول حكم ، ولو كفل بأحد النَّصيبين رجل[٥] لأحدهما صح ، وقد تغيَّرت صفته بأن ملك مطالبين[٦] بنصيبه ، والآخر لا يملك ، ولو احتال نصيبه صحَّ ، وقد تغيَّر الوصف والأصل جميعًا فإنه بأصله صار علىٰ رجل آخر ، وكذلك المطالبة ، وكيف

---

[١] «ص» (ظاهر لا محالة).

[٢] «ص» (إيقاع).

[٣] «أ» «ن» (فوجب) ، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (الأصل).

[٥] «ص» (كفيل).

[٦] «ص» (مطالبتين).

يكون قسمةً ولو كان عينًا لم ينقسم إلا بقبض مبتدإ لكل نصيب؟ فكيف الدَّين.

وأما مسألة الكفالة فليست بدليل على أنها فسدت لمكان القسمة، فإنها تصحُّ من الأجنبي[١]، ولا تدل على القسمة، فالفرق بينهما ليس من إشكال هذه المسألة، وهو إشكال على الكل في مسألتي الكفالة لا اتصال لهما بما نحن فيه من هذا الاختلاف.

ثم الجواب ما ذكرنا أن الدَّين المشترك يقبض على حكم الشركة على اختلاف الأصلين، والكفالة يعقد لمقصود[٢] الأداء والقبض، فإذا كان الأداء بها يكون على وجه الشركة يصير كالكفيل لنفسه في النِّصف، فبطل، ثمَّ في النِّصف الآخر، فلا يزال يدور حتى لا يبقى شيء.

وأما قولهما: إنه بالتَّأخير يتفرق زمان نصيبيهما، فغلط؛ لأن مكان الدَّين الذمَّة، لا[٣] الزَّمان، والذمَّة واحدةٌ كما كانت، والدَّين فيها، وإنَّما المطالبة تكون في الأزمنة، ونحن نسلم بفرق المطالبة، ولكن سقوط الشركة في الوصف لا يدلُّ على سقوط الشركة في الأصل، على أنه لم يكن بينهما شركةٌ في المطالبة، وإن ملكا في ساعة واحدة؛ لأنَّها تصرّف بحكم الملك، كالبيع بعد قبض المبيع، ولا شركة بينهما في البيع، وإن كان العبد واحدًا، بل كلٌّ واحدٍ منهما يملك بيع نصيبه بلا شركة للآخر فيه، وإنَّما الشركة في المبيع.

ألا ترى أنه جائز أن تكون المطالبة لرجلٍ، والدَّين لآخر، كالوكيل بالبيع

---

[١] «أ» «ن» (الأختين)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (تفقد مقصود).

[٣] «أ» «ن» (لأن)، والمثبت من «ص».

إذا باع، فثبت أنهما يمتازان من كل وجه.

[١١٤٧] مسألةٌ: إذا اغتصب عبدًا فأبق وهلك، ثمَّ صالحه[١] على أضعاف قيمته دراهم= صحَّ عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد[٢]: يلزمه ردُّ الزِّيادة على القيمة؛ لأن الغصب يوجب ضمان العين عند القدرة، وضمان المثل إما من جنسه، أو خلاف جنسه بقدر القيمة دراهم أو دنانير، لا وكس ولا شطط.

ألا ترى أنه إذا خوصم أجبره القاضي على أحدهما ليخرج عن ضمان الغصب، لا على تمليكٍ مبتدإٍ، فإذا صالحه صاحبه على أن يأخذه زائدًا بطلت الزِّيادة، وكان غصبًا[٣]، كما لو كان وجبت عليه دراهم بسبب بيع، ويجوز أن يأخذ ناقصًا، ويكون إبراءً، ولا يكون غصبًا.

وكذلك لو كان الضَّمان بسبب الجناية، وأخذه[٤] زائدًا لم يملك الزِّيادة.

وكذلك لو كان ضمان عتق، وكذلك المشتري لو سلم الدَّار بالشُّفعة بثمنٍ زائدٍ لم يملك الزِّيادة؛ لأن الشَّرع ألزمه بمثل الثَّمن، فكانت الزِّيادة ربًا، وكان تمليكًا مبتدأً، فهذا الذي هو استيفاء أَوْلى[٥].

ألا ترى أنه لو صالح على قيمة مؤجلة صحَّت، ولو جُعلت مبادلة لم يجز؛

[١] في حاشية «أ» (صاحبه).

[٢] «ص» (وعندهما رحمهما الله).

[٣] «ص» زيادة (وربا).

[٤] «أ» (واحدة)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٥] «ص» زيادة (وأحرى).

لأنَّه يكون دينًا بدين، كما لو صالحه على طعام في الذمَّة وتفرقا قبل القبض.

ولا يلزمنا إذا صالح على طعامٍ في الذمَّة وقبض أنه يجوز؛ لأنا لم نقل: إن حقَّ المالك لهلاك[١] العبد أو إباقه انقطع عن العين، وتقرَّر [في الذمَّة][٢] في الدَّراهم، حتى لا يجوز شراء الطَّعام دينًا في الذمَّة بالدَّراهم لا على وجه السلم.

بل نقول: حقُّه في العين باقٍ، إن شاء أبقاه فيه وتربَّص إلى أن يعود العبد، وإن شاء طالبه بضمان المثل الذي جعل له الشَّرع، وهي[٣] القيمة، فإذا طالبه بالقيمة وضمنه ذلك انتقل الحقُّ إليه الآن، فلا يملك استيفاءها زائدةً، فأما إذا لم يطالبه بالمثل، ولكن صالح[٤] عن أصلِ الحقِّ على بدلٍ لم يجب بالشَّرع= كانت معاوضةً جديدةً عن إسقاط حقِّه في العبد على ما صالح عليه[٥]، إلا[٦] أن يكون صلحًا على الطَّعام عن الدَّراهم؛ لأنَّها إنَّما تجب بطلب المالك.

وهذا كما قال أبو حنيفة فيمن أعتق شقصًا له في عبدٍ وهو موسر إن حقَّ الآخر في نصيبه قائمٌ، فإن شاء أعتقه، وإن شاء ضمَّن شريكه مثله دراهم، فإن اختار الدَّراهم لم يملك أن يأخذها زائدةً؛ لأنَّه إذا اختار ذلك صارت عين الواجب له.

كما لو لم يكن في الأصل عليه إلا دراهم، فلم يملك الاستيفاء زائدًا، وإن

---

[١] «ص» (بهلاك).

[٢] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

[٣] «ص» (وهو).

[٤] «ص» (لو صالح).

[٥] «ص» (منه).

[٦] «ن» (لا).

لم يختر[١] الدَّراهم وضمَّنه طعامًا ملك[٢] قليلًا كان أو كثيرًا؛ لأن الشَّرع ما أوجب هذا بشرط المماثلة، فلم يشترط عليه القدر، فصار بينهم اتفاق علىٰ قيام حقِّ المالك في العين، وعدم الانتقال إلىٰ القيمة علىٰ ما ذكرنا.

ولأن الغاصب لو جاء بالقيمة لم يجبر المالك علىٰ القبول، ولو انتقل الحقُّ إلىٰ الدَّراهم لأُجبر، كما لو باعه بدراهم، ثمَّ امتنع عن قبولها.

ألا ترىٰ أن المغصوب لو كان شاةً فدبغ جلدها كان للمغصوب منه ما لم يجر[٣] التضمين، ولأن ضمان الغصب حقُّه، فله أن يبرئه، فيصير الغاصب كالمودع والمستعير، فيصير الهالك هالكًا علىٰ حكم ملكه.

ولما ثبت له حق[٤] نقل حقِّه إلىٰ القيمة، فقالوا: إذا اختار القيمة صار مستوفيًا للواجب بالغصب حال العجز عن العين، فلا يملك إلا كما أوجبه الشَّرع معدلًا[٥] بالمثل، وإذا اختار ضمانًا آخر جعل[٦] مبادلةً جديدةً لم يوجد عليه شرط المماثلة، فيجوز كيف ما شرط.

وأبو حنيفة يقول[٧]: لما لم يستحقَّ عليه إزالة حقِّه عن عين العبد، ولو شاء لقرَّره علىٰ ملكه بإبراء[٨] الغاصب عن الضَّمان، حتىٰ لو كانت شاةً كان الجلد

---

[١] «ص» (يجيز).

[٢] «ص» (ملكه).

[٣] لم تضبط في «ص» ولعلها (يختر).

[٤] «ص» (وإنما يثبت حق).

[٥] «ص» (معه لا).

[٦] «ص» (وإذا اختار ضمانه لم يجعل).

[٧] «ص» (ولأبي حنيفة أنه).

[٨] «أ» «ن» (عن ملكه، فأبرأ الغاصب)، والمثبت من «ص».

له ، ولو كان مشترئ[١] واطلع علىٰ عيب رجع بحصَّة[٢] ثمنه ، وكان له الاعتياض عن هذا الحق بالطَّعام ، كما لو كان قائمًا مشارًا إليه[٣] ، ولم تكن هذه الدَّراهم ضمان الغصب ، بل كان بدل الصُّلح ، والشَّرع ما أخذ عليه شرط المماثلة في بدل الصُّلح ، كما لو كان قائمًا ، وكما في بدلٍ آخر ؛ لأنَّه لا ربا إذا اختلف الجنس.

وأما قولهما[٤]: إنه يصير استيفاء لضمان[٥] الغصب ، فلا كذلك ؛ لأن الشَّرع لم يلزمه استيفاء ضمان الغصب ؛ لأنَّه إن شاء أبرأه وقرَّر العبد علىٰ ملكه.

وألا ترىٰ أن الغاصب لو أتىٰ بالقيمة لم يجبر هذا علىٰ القبول ، فإذا لم يصر استيفاء ضمان الغصب مستحقًا عليه في هذه الحالة التي جوزنا الصُّلح كان الواجب علىٰ ما عيَّناه ، وأراداه ، وسمَّياه لا من وجه آخر ، فإن الجهة إنَّما تبطل علىٰ المتصرف إذا كان مستحقًا عليه غيرها لا يملك تغييرها[٦].

بخلاف مسألة الشُّفعة ، فإن التسليم بالمثل مستحقٌّ عليه متىٰ طلب الشَّفيع ، فلم يملك تغيير[٧] تلك الجهة بقصده وإرادته ، وعلىٰ تلك الجهة حُجر عليه إلا بالمثل ، وأما ضمان العتق فقد استحقَّ عليه إزالة ملكه عن العبد إما بغير[٨] شيء وهو العتق ، أو ببدلٍ مقدَّر ، فلم يملك تغييره ، وههنا ما استُحقَّت عليه الإزالة

[١] «ص» (مستوفیٰ).

[٢] «أ» (حصته) ، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] في حاشية «أ» (كان له الاعتياض عنه بالدراهم أيضا كما لو كان قائما مشارا إليه.).

[٤] «ص» (قولهما).

[٥] «ص» (بضمان).

[٦] «أ» (تغيرها) ، والمثبت من «ن» و«ص».

[٧] «أ» (تغير) ، والمثبت من «ن» و«ص».

[٨] «أ» (تغيير) ، والمثبت من «ن» و«ص».

أصلًا، بل هو مختار في إزالته، وجعلت له الإزالة بعوض، فيملك كيف شاء كما في حال القيام.

وأما الدِّية فميراث عن الميت، والحق له، وما لهم ولا للميت في نفسه حقٌّ الاعتياض عن نفسه أصلًا، إنَّما هذا شيءٌ وجب شرعًا بخلاف القياس، على ما بيَّنَّا في موضعه، فلا يملكون الزِّيادة بناءً على الاعتياض عن نفس الميت، وذلك فاسد، وإنَّما يجوز الاعتياض صلحًا عن الدِّية أو أخذًا للدِّية، فصار إشكالهم في أن الغصب أوجب له ضمان العين[1] أو مثله لا غير[2]، فمتى طلب أحد هذين كان مستوفيًا لضمان الغصب، فلا يملك الزِّيادة، ومتى أخذ شيئًا آخر كان مصالحًا أو آخذًا بدلًا آخر بصلحه، فيملك بقدر ما أوجب؛ لأن المماثلة لم يوجد عليه.

وجواب أبي حنيفة أنه لم يؤخذ[3] عليه إزالة ملكه بهذا السَّبب الذي انعقد لإيجاب ضمان المثل، فملك مع هذا السَّبب الاعتياض بسبب جديد بتلك الدَّراهم كما يملك بثمن آخر.

كما لو باع عبدًا بدراهم على أنه بالخيار ثلاثة أيام ملك بيعه ثانيًا بطعام وبدراهم أكثر من ذلك؛ لأن الإزالة لم تستحقَّ عليه، وكذلك لو كان البيع نافذًا؛ لأنَّه لا استحقاق مع تراضيهما على الفسخ.

فأما جواز الاعتياض الجديد عن تلف الهالك بالصُّلح فمتفق عليه، وليس

---

[1] «ص» (العتق).

[2] «ص» (غلته).

[3] «ص» (يوجد).

من إشكال الخلافية[١]، فإنهم جوزوا الصُّلح ابتداءً على طعام في الذمَّة إذا قبض في المجلس، ولو جعل صلحًا عن القيمة وهي دراهم لما جاز، وإن قبض.

ووجه ذلك أن الصُّلح لما كان يجوز بناءً على الإسقاط لم يعتبر قيام المصالح عنه بحيث يحتمل التمليك، وإنَّما يعتبر[٢] بحيث يحتمل الإسقاط، وملكه في العبد الهالك بحيث يحتمل الإسقاط لأنَّه صار بمنزلة الدَّين.

ألا ترى أن الموصى له باللَّبن الذي في الضرع لو صالح الوارث عنه على مال أجزأه، وأنه لا يحتمل التمليك باطنًا كذلك، وكذلك عن الصُّوف وعن سكنى دار بسكنى وعن الشرب، والتمليك ابتداءً باطلٌ فيها، وإنَّما لم يجز إذا لم يقبض الطَّعام في المجلس؛ لأن المصالح عنه في حكم الدَّين. ألا ترى أن بيعه لا يجوز للحال، والله أعلم.

|١١٤٨| مسألةٌ: إذا كان لرجلٍ[٣] على رجلٍ ألف درهم، فصالحه على خمسمائة على أن ينقدها[٤] اليوم، أو إلى شهر، فلم يف بالشَّرط= بطل الصُّلح عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: لا يبطل.

لأنَّه شرط ضائع[٥]؛ لأن النقد واجب عليه اليوم وما بعده؛ لأن المال حالٌّ.

[١] «ص» (الحال فيه).

[٢] «ص» (يجب).

[٣] «ص» (له).

[٤] «ص» (يؤديها).

[٥] «ص» (شائع).

بخلاف ما إذا قال: «فإن لم تنقد فلا صلح بيننا»؛ لأنَّه قيدٌ[١]، وهو تعليق الفسخ بعدم النقد.

ألا ترىٰ أن من اشترىٰ عبدًا بألف درهم علىٰ أن ينقده الثَّمن اليوم لم يكن الشَّرط معتبرًا، ولو قال: «إن لم أنقده إلىٰ يومٍ أو ثلاثة أيامٍ فلا بيع بيننا»، كان معتبرًا، كما [لو][٢] شرط.

وكذلك لو صالح علىٰ أن ينقده، ولم يقل: «إلىٰ شهر»، كان ضائعًا[٣]، فإلىٰ شهر أوْلىٰ؛ لأن الأوَّل يوجب النقد للحال، وهذا فيه أجل.

إلا أنا نقول: قوله: «علىٰ أن ينقده اليوم أو إلىٰ شهر» شرطًا في الصُّلح دليلٌ علىٰ أنه صالح لهذا الشَّرط، وإنَّما يكون الصُّلح به إذا كان مقيِّدًا له[٤]، وإنَّما يكون مقيِّدًا[٥] له إذا حُمل الشَّرط علىٰ تعليق بقاء الصُّلح بالتعجيل في المدَّة، فيصير حينئذ كقوله: «إن لم تنقد فلا صلح[٦] بيننا».

بخلاف قوله: «علىٰ أن تنقد الباقي»؛ لأنَّه شرط نقدًا غير معلَّق بالوقت، فلم يحتمل معنىٰ التعجيل؛ لأن التعجيل يختص بوقت، والتَّأخير الذي هو ضده بوقت.

ألا ترىٰ أنه إذا حلف ليفعلن [به][٧] كذا لم يتعين عليه وقت، وانصرف

---

[١] «أ» «ن» (مفيد)، والمثبت من «ص».

[٢] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

[٣] «ص» (شائعا).

[٤] «أ» «ن» (مفيدا)، والمثبت من «ص».

[٥] «أ» «ن» (مفيدا)، والمثبت من «ص».

[٦] «أ» (يصلح)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٧] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

إلىٰ العمر، وإذا قال: «اليوم»، وجب متعجلًا فيه[١].

وبخلاف البيع؛ لأن البيع عقد اختيار ابتداءً عن رغبة[٢] من كلِّ واحدٍ منهما فيما سمَّىٰ لنفسه، فلم يحصل[٣] الشروع فيه للشرط حتىٰ يحمل[٤] عن حقيقته إلىٰ مجازه، والحقيقة ما قاله أبو يوسف.

فأما الصُّلح فيجوز بدون الحقِّ، ولا يصار إليه رغبةً فيما سمَّىٰ لنفسه، بل ليصل[٥] إلىٰ ما كان إما حقيقة، وإما معنىٰ، فإذا كان شرط فيه احتمال معنىٰ الترغيب في ذلك ليتجوز بدون حقِّه دلَّ موضوعه علىٰ أنه رغب فيه لذلك الشَّرط، فوجب حمل الشَّرط علىٰ معنىٰ يفيده، وذلك في مجازه علىٰ ما فسرناه دون حقيقته، والله أعلم.

|١١٤٩| مسألةٌ: حربيٌّ استهلك علىٰ حربيٍّ مالًا، ثمَّ اصطلحا علىٰ شيءٍ، أو كانا مسلمين أسلما، ولم يهاجرا إلينا، والمسألة بحالها، ثمَّ أسلم الحربيَّان[٦]، وخرجا إلينا، وخرج المسلمان= لم يكن لأحدهما علىٰ الآخر سبيلٌ بسبب هذا الصُّلح علىٰ قول أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف ـ ﷺ ـ: [الضَّمان][٧] واجبٌ.

---

[١] «ص» (معجلا به).

[٢] «أ» (رغبته)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «ص» (يجعل).

[٤] «ص» (يعدل).

[٥] «ص» (يصير).

[٦] «أ» «ن» (ثم أسلما)، والمثبت من «ص».

[٧] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

لأن[١] من ديانتهم الخصومة في هذه الأبواب إلىٰ ملكهم، ومن حكم الملك القضاء بالانتصاف[٢] من المعتدي، ومن اعتقادهم الانقياد لحكم[٣] ملكهم.

فإذا كان كذلك لم يثبت سقوط الضَّمان عن المستهلك؛ لأنَّه بعرض أن يجب إذا قضىٰ الملك في ديانتهم، وبحكم ديانتهم يؤاخذون بعد الإسلام، كما نبقيهم علىٰ أنكحتهم التي [لو][٤] كانت وقعت في الإسلام ابتداءً كانت فاسدة =إذا لم يكن المفسد قائمًا في الإسلام رافعًا للعقد للحال، فإذا اصطلحا ودانا بذلك الضَّمان[٥] صحَّ، ووجب، وحل تراضيهما محلَّ قضاء[٦] ملكهم محل المبايعة.

ألا ترىٰ أن استهلاك المباح كما لا يوجب الضَّمان فكذلك بيعه، ثمَّ الضَّمان بالبيع [يجب][٧] لديانتهم، فكذلك بالاستهلاك، دلَّ عليه أن مبنىٰ الصُّلح علىٰ التوسعة في طلب باب الجواز، فإذا أمكن التجويز من هذا الوجه لم يبطل، حتىٰ اختلفت الرواية عن أبي يوسف في الأصل فيما إذا كان أحدهما حربيًا والآخر مسلمًا أن الصُّلح يجوز أم لا؛ لأن المسلم لا يدين[٨] بجواز قضاء ملكهم، فرجَّح في روايةٍ حال المسلم لإسلامه، وفي رواية رجَّح جانب الكافر؛ لأن الصُّلح

[١] «ص» (قال لأن).
[٢] «ص» (بالإنصاف).
[٣] «ص» (بحكم).
[٤] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[٥] «ص» (الصلح).
[٦] «ص» (محل ضاء الملك عليهما بذلك، وقضاء ملكهم عليهم محل المبايعة).
[٧] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص» وحاشية «أ».
[٨] «ص» (يرىٰ).

يطلب[١] له جهة الجواز ما أمكن.

ولهما: أن هذا الاستهلاك ليس بسبب ضمان، بدليل أنهما لو أسلما لم يؤاخذ المستهلك به، وهذا لأن أموالهم كما كانت مباحةً في حكم الإسلام [فكذلك مباحة في حكمهم][٢]، فإنهم أيضًا يدينون بالإباحة[٣]، ويتملك بعضهم على بعض [بالأخذ][٤] حتى إنهم إذا أخذوا ثمَّ أسلموا أُقِرَّت عليهم تلك الأموال، ويدينون بهدر[٥] الاستهلاك.

فلما كان أصل الديانة على هذا لم يجب الضَّمان باتًّا بالاستهلاك من غير توقُّف؛ لأن هذا أصل، والاحترام عارض إذا أمر[٦] بعضهم بعضًا، وهذا العارض غير ثابتٍ فلا معنى للوقف، فجعل[٧] الصُّلح لا عن ضمان، فبطل كما إذا اصطلحا قبل الاستهلاك على أن ضمن أحدهما للآخر مالًا، فأما قضاء الملك بالضَّمان فلا رواية فيه.

ويجوز أن يقال: لا يجب بالقضاء شيء كما بالصُّلح، ولئن سُلِّم ذلك فلا يجوز الاعتبار به؛ لأنا نعتبر ذلك بما يصحُّ في الإسلام، وفي الإسلام إذا كان الرَّجل يحكم في الحادثة، ثمَّ أراد أن يتركه إلى حكم آخر بهوى نفسه واختياره لم يجز، ولو رفعت الحادثة إلى قاضٍ يرى بخلاف رأيه فقضى عليه برأيه لزمه

[١] «أ» (طلب)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٢] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».
[٣] «ص» (بالأخذ).
[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص» وحاشية «أ».
[٥] «ص» (بهذا).
[٦] «ص» (أمن).
[٧] «ص» (فحصل).

قضاء القاضي، فكذلك يجوز أن يحكم فيهم على مثال هذا.

وبخلاف ضمان البيع؛ لأن التبايع إنَّما يكون حال الأمان، وهم يدينون بذلك، والضَّمان في تلك الحالة.

ألا ترى أن المستأمن إذا دخل إلينا بأمان تقوَّمت أمواله، وأما المسلمان أسلما ولم يهاجرا إلينا فأموالهم في أنها لا يتقوم بالإتلاف كما قبل الإسلام، على ما بيَّنَّا في كتاب السير [أن أموالهم][١] تستغنم[٢] بالقهر عندنا، خلافًا للشافعي - ﷺ -، وإنَّما تستغنم لبقائها على الإباحة، والله أعلم.

[١١٥٠] **مسألةٌ:** إذا قال رجلان[٣] لآخر: «إذا جاء غدٌ فأنت الحكم بيننا»، لم يصحَّ عند أبي يوسف.

وقال محمد: إنه صحيح.

لأنَّه تفويض[٤] حكم، فيصح معلَّقًا بالوقت، كالسلطان إذا قال لرجل: «إذا جاء غدٌ فأنت قاضي بلد كذا».

ولأنَّه إطلاق على أنفسهما بالحكم، وتعليق الإطلاقات بالشروط صحيحة كالوكالة والإذن في التجارة.

ولأبي يوسف أن التحكيم صلحٌ، فلا يجوز تعليقه بالشَّرط، كما إذا قال

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» «ن» (مستغنم)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «أ» «ن» (رجل). والمثبت من «ص» وحاشية «أ».

[٤] «ن» (تعويض).

لمديونه: «إذا جاء غدٌ فقد صالحتك علىٰ كذا»، وهذا لأن في الصُّلح ضرب إيجاب كما في الإبراء، فلا يصحُّ تعليقه بالشَّرط.

وإنَّما قلنا ذلك؛ لأن الولاية ما يثبت للحكم بإطلاقهما[١]؛ لأن الحجر لم يكن لحقِّهما في هذه الولاية، فإن القضاء بالشَّهادة وجعلها موجبة تصرّف فيما شرع الله تعالىٰ من الحجج والأحكام، وما لأحد منا هذه الولاية بوجه، فلا يثبت للغير بإطلاقهما كما لا يثبت بولاية[٢] التَّصرُّف بإطلاقهما في مال الغير وحقوق النَّاس، ولكن يجب للحكم ولاية لم يكن له حكمًا لتعينه لهذا الشأن[٣] باصطلاحهما عليه.

كالإمام الأكبر بالتراضي، واصطلاح النَّاس علىٰ تعيينه[٤] بعد كونه في نفسه من أهل استحقاق هذه الولاية بكونه من أهل الشَّهادة، فإذًا هذه الولاية في الحقيقة حقُّ الله تعالىٰ علىٰ عباده، وأنابه عن نفسه من وقع عليه الاصطلاح ممن هو من أهل الشَّهادة؛ لأنَّه قبل الاصطلاح لو أثبت الولاية شرعًا لتغالبوا وتدافعت الولايات حكمًا أيضًا، فإذا صارت له الولاية بالاصطلاح ملك الإطلاق بعد ذلك لمن شاء من أهل هذه الولاية المحجور عن الاستيفاء لحقه[٥] أو بحق المعارضة، ولم يكن لسائر النَّاس حق الإطلاق[٦]؛ لأنهم صاروا موليًا عليهم بالإمام الأكبر، أو للمعارضة، ولا ولاية

[١] «ص» (بإطلاق منهما).

[٢] «ص» (ولاية).

[٣] «ص» (لم يكن له حكم التعدية بهذا الشأن).

[٤] «أ» (تعينه)، والمثبت من «ن». ولم تضبط في «ص».

[٥] «ص» (بحقه).

[٦] «ص» زيادة (والتصرف).

[في][١] تعيين إمام[٢] [آخر][٣] حقًّا للإمام الأكبر، وبقي لهم ولاية التعيين على أنفسهم من غير أن يتعدَّىٰ إلى الإمام.

وإذا كان كذلك ثبت [أنه][٤] صلح، وليس بإطلاق من قبلهم، فاعتبر بالتمليكات؛ لأن الصُّلح لإيجاب أمرٍ جديدٍ، وهو التعيين، لا لإسقاط حجر.

|١١٥١| **مسألةٌ**: إذا اشترىٰ عبدًا، ثمَّ صالحه البائع على أن أبرأه عن كل عيبٍ به قبل أن يقبضه، ثمَّ حدث به عيب آخر دخل تحت البراءة في قول أبي يوسف.

ولا يدخل في قول محمد.

لأن حقيقته للعيوب[٥] القائمة؛ لأن الذي لم يوجد ليس بعيب به، والكلام لحقيقته حتى يقوم الدليل على مجازه،

بخلاف التوكيل بقبض غلَّاته، فإنه ينصرف إلى ما سيوجد؛ لأن الغلَّات تثبت على الحدوث ساعة فساعة، فوجب تعميم الغلَّات على مجازه بالأزمنة؛ لأن حدوثها بها، فترك العموم[٦] في حق الموجود للحال.

وأما العيوب فليس مبناها[٧] على الحدوث ساعة فساعة، بل يندر ذلك،

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٢] «أ» (أم)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٤] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[٥] «أ» «ن» (العيون)، والمثبت من «ص».
[٦] «ص» (وترك التعميم).
[٧] «ص» (منتهاها).

فوجب القول بحقيقة عمومها في العيوب الثَّابتة للحال؛ لأن إطلاق التسمية حقيقتها لمسمًّىٰ موجود، لا لما سيوجد.

ولأن الموكل غرضه من التوكيل فراغ قلبه من جانب الغلة[١]، ولا يفرغ إلا بعموم، ومن حيث الأزمنة، وأما المشتري فليس غرضه أن يفرغ قلبه عن العيوب كلِّها، فإنها إذا بقيت حقًّا له لم تزده شغلًا يذهب بدخولها تحت البراءة.

وهذا بخلاف الشِّراء بشرط[٢] البراءة من كل عيب؛ لأنَّه لما قارن العقد لم يرد به إسقاط حقِّه في العيوب؛ لأنَّه لم يثبت بعد، وإنَّما يراد به تغيير صفة العقد، فإنه ينعقد علىٰ أن يوجب للمشتري المبيع سليمًا عن العيوب، فإذا شرط البراءة أوجب المبيع له لا بصفة السلامة عن العيب، والعقد قائم، فيعتبر[٣]، كما إذا اشترىٰ عبدًا لم يوجب[٤] العقد له صفة الكتابة للعبد، ولو اشترىٰ بشرط أنه كاتب صار هذا الوصف موجب عقده.

ولأنَّ[٥] إضافة الوكالة إلىٰ وقت في المستقبل يصحُّ، ولا يصحُّ تعليق البراءة بوقت حدوث العيب، ولا يصحُّ للحال ولا عيب؛ لأن العيب هو السَّبب للخيار، لا البيع، فإنه للزوم كما لا تصحُّ البراءة عن نفقة النِّكاح قبل أن يجب؛ لأن العقد ليس بسبب، بل السَّبب الاحتباس بحكم العقد.

ولأبي يوسف أن البائع إنَّما يطلب من المشتري الصُّلح علىٰ البراءة عن

[١] «ص» (العلة).

[٢] «ص» (بشرائط).

[٣] «ص» (فتعين).

[٤] «أ» (يوجد)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٥] «أ» «ن» (ولأنه)، والمثبت من «ص».

العيوب لتغيير[١] صفة العقد في أن لا يبقىٰ موجبًا لصفة السلامة ، كما قاله محمد إذا قارن[٢] العقد وهما يملكان هذا التغيير[٣] كما في الابتداء ، وكما يملكان التَّأجيل بعد العقد وخيار الشَّرط والزِّيادة في الثَّمن ليصير العقد رابحا.

وإنَّما قلنا ذلك ؛ لأن مقصود البائع منه أن يبرأ عن عهدة العيب ، وهو الذي طلب الصُّلح لا محالة ، فإن المشتري لا يحتاج إليه ، فيراعىٰ جانبه ، وإنَّما يصحُّ إذا عمَّ العيوب التي تحدث في الأزمنة ، كما في الوكالة بقبض غلاته ، وإنَّما يصحُّ هذا التعميم[٤] إذا صرف إلىٰ تغيير صفة العقد ؛ لأنَّه في ملكهما[٥] دون العيوب التي لم تحدث ولم يصر حكمها لهما[٦] ، والله أعلم.

تم كتاب الصُّلح بعون الله وتوفيقه.

---

[١] «ص» (من العيوب لتعيين).

[٢] في حاشية «أ» (الشرط).

[٣] «ص» (التعيين).

[٤] «ص» (العموم).

[٥] «ص» (ملكها).

[٦] «ص» (له).

فهرس الموضوعات

أَسْفَار
لِنَشْرِ نَفِيسِ الكُتُبِ وَالرَّسَائِلِ العِلْمِيَّةِ
دَوْلَةُ الكُوَيْتِ

❁ أهداف المشروع:

(١) إصلاح المسار العلمي لطباعة الكتاب الإسلامي، وذلك بانتقاء وانتخاب أنفس الكتب من تراثنا المعرفي العريق، ونشرها وفق أحدث مواصفات الطباعة والتنضيد.

(٢) إيجاد الحِلَق العلمية المفقودة: وذلك بنشر المعارف الأساسية المفقودة أو المهجورة من المكتبة الإسلامية؛ لذا فأغلب ما ينشر بمشروعنا يطبع لأول مرة، بناء على أن التجديد المعرفي يكون بنشر الكتاب القديم المؤثر في حقله العلمي، وقد ثبت صدق ذلك بالتجربة العملية.

(٣) استنقاذ التراث الإسلامي من الضياع، وذلك بنشر القطع الخطية الموجودة من أي كتاب تراثي فريد في بابه، ولو كان ناقصاً؛ لأن نشرها يعتبر حفظاً لها وتشجيعاً على تحصيل تكملتها.

(٤) تغذية المعاهد والمدارس والدورات بالمقررات التعليمية والدراسية، وهذا أحد أنماط المواد المنشورة في (أسفار): (منتج المتون التعليمية)؛ لأن مطبوعاتها على نوعين: الأول: مناهج تأسيسية. والثاني: مصادر مرجعية.

❁ التواصل مع «أسفار»:

يمكن التواصل مع أسفار عن طريق وسائل التواصل التالية:

s.faar16@gmai.com   @sfaar16